قرة عيون الأخيار

شامي

لتكملة رد المحتار

على الدر المختار شرح تنوير الأبصار

تأليف

العلامة الشيخ محمد علاء الدين ابن العلامة محمد أمين

ابن عابدين الدمشقي الحنفي (ت: ١٣٠٦هـ)

تحقيق

مهند يحيى إسماعيل

الجزء العشرون

كتاب الصلح - المضاربة - الإيداع - العارية - الهبة

مكتبة الإرشاد

قرة عيون الأخيار (تكملة رد المحتار)

تأليف: محمد علاء الدين ابن محمد أمين ابن عابدين

تحقيق: مهند إسماعيل

الطبعة: الأولى - إسطنبول - تركيا - ١٤٤٦ هـ - ٢٠٢٤ م

Baskı: Özlem Matbaacılık ve Reklamcılık Ltd. Şti.
Maltepe Mah. Litros Yolu İkinci Matbaacılar Sit. No:2BB4
Topkapı - Zeytinburnu - İstanbul
Sertifika No: 45257 • www.ozlemmatbaa.com.tr

İRŞAD KİTABEVİ

0212 638 16 33 • 0850 480 47 73
İskenderpaşa Mah. Feyzullah Efendi Sok. No:8 Dük:1 Fatih/Istanbul

www.irsad.com.tr
info@irsad.com.tr
fb.com /irsadkitabevi
@irsadkitabevi
+90 (0) 5309109575

ISBN:978-625-6724-26-6

9786256724266

ISBN: 978-625-6724-26-6 (Tk)
ISBN: 978-625-6724-45-7 (20.C)

الفهارس العامة للأجزاء

الجزء الرَّابع عشر

تتمة الوكالة، الدَّعوى، الإقرار، الصُّلح، المضاربة، الإيداع، العارية، الهبة، الإجارة

الجزء الخامس عشر

تتمة الإجارة، المُكاتَب، الوَلاء، الإكراه، الحجر، المأذون، الغصب، الشُّفعة، القِسْمة، المزارعة، المساقاة، الذَّبائح

الجزء السَّادس عشر

الأضحية، الحظر والإباحة، إحياء المَوَات، الأشربة، الصَّيد، الرَّهن، الجنايات

الجزء السَّابع عشر

الدِّيات، المعاقل، الوصايا، الخنثى،

مسائل شتى، الفرائض

قُرَّة عيون الأخيار

الجزء الثَّامن عشر

القضاء، الشَّهادات، الوكالة

الجزء التَّاسع عشر

تتمة الوكالة، الدَّعوى، الإقرار

الجزء العشرون

الصُّلح، المضاربة، الإيداع، العاريَّة، الهبة

الجزء الحادي والعشرون

الفهارس العامَّة

كِتَابُ الصُّلْحِ

(كِتَابُ الصُّلْحِ)

مناسبَتُه: أنَّ إنكارَ المقِرِّ سببٌ للخصومة المستدعيةِ للصُّلْح.

(هُوَ) لغةً: اسمٌ من المصالحةِ. وشرعًا: (عَقْدٌ يَرْفَعُ النِّزَاعَ) ويَقطعُ الخصومةَ.

(كِتَابُ الصُّلْحِ)

(قوله: مُنَاسَبَتُهُ... إلخ) يعني: أنَّ الصُّلحَ يتسبَّبُ عن الخصومة المترتِّبة على إنكار المقرِّ إقرارَه، أي: فتناسبَ الصُّلحُ والإقرارُ بواسطتين، ولكنَّها مناسبةٌ خفيَّةٌ. والأظهرُ أن يقال: إنَّ الصُّلحَ يكون عن الإقرار في بعضِ وجوهه كما سيبيِّنُه، فلذا ذكرَه بعده، ثمَّ ذكر معه قسميه تتميماً للفائدة. (قوله: المُقِرِّ) الصَّوابُ: المدَّعى عليه كما في «الدُّرَر»[1].

(قوله: اسْمٌ مِنَ المُصَالَحَةِ) وهي المسالمةُ، والأَوْلى: اسمٌ للمصالحة، والتَّصالُحُ: خلافُ المخاصمة والتَّخاصم، وأصلُه من الصَّلاح، وهو استقامةُ الحال على ما يدعو إليه العقلُ، ومعناهُ دالٌّ على حسنه الذَّاتيِّ، وكم من فسادٍ انقلبَ به إلى الصَّلاح، ولهذا أمر اللهُ تعالى به عند حصول الفساد والفِتَن بقوله: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا﴾[الحجرات: ٩]، ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[النِّساء: ١٢٨]، والصَّالحُ: المستقيمُ الحال في نفسه. ذكره القهستانيُّ[2]. وفي صلاة «الجوهرة»: الصَّالحُ: القائمُ بحقوق الله تعالى وحقوق العباد[3]. وإنَّما ذكَّرَ الضَّميرَ بقوله: (هو)؛ لكونه ممَّا يُذكَّرُ ويُؤنَّثُ كما في «الصحاح»[4].

(قوله: وَيَقْطَعُ الخُصُومَةَ) عطفُ تفسيرٍ كما يُفيدُه الحمويُّ، فإنَّه فسَّرَ رفعَ النِّزاع بقطعِ الخصومة[5].

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٥.

(٢) «جامع الرموز»: ص٦٣١ عن الكرماني.

(٣) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٥٥.

(٤) «الصحاح»: ص٣٨٣.

(٥) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦٠/آ شهيد علي باشا.

(وَرُكْنُهُ: الإِيجَابُ) مُطلقاً، **(وَالقَبُولُ)** فيما يتعيَّنُ، أمَّا فيما لا يتعيَّنُ كالدَّراهم؛ فيَتمُّ بلا قَبولٍ. «عناية»[١]. وسيجيءُ. **(وَشَرْطُهُ: العَقْلُ، لا البُلُوغُ وَالحُرِّيَّةُ،** ....

(قوله: **مُطْلَقاً**) أي: فيما يتعيَّنُ وفيما لا يتعيَّنُ.

(قوله: **فِيمَا يَتَعَيَّنُ**) إنَّما اشتُرِطَ القبولُ؛ لأنَّه ليس من الإسقاط، حتَّى يتمُّ بالمسقِطِ وحده؛ لعدم جَرَيانه في الأعيان. ط[٢].

(قوله: **فَيَتِمُّ بِلَا قَبُولٍ**) أي: من المطلوب إذا بدأَ هو بطلبه، بأن ادَّعى شخصٌ على شخصٍ دراهمَ ونحوَها، فطلب المدَّعى عليه الصُّلحَ على نصفها، فقال المدَّعي: صالحْتُكَ على ذلك؛ فلا يُشترطُ قبولُ المدَّعى عليه؛ لأنَّ ذلك إسقاطٌ من المدَّعي، وهو يتمُّ بالمسقطِ وحده. وهذا إنَّما يظهرُ في صورة الإقرار. ط[٣]. والحاصلُ: أنَّ الموجِبَ هو المدَّعي، فيُشترطُ قبولُ المدَّعى عليه فيما يتعيَّنُ، لا فيما لا يتعيَّنُ. وأمَّا إذا كان الموجِبُ هو المدَّعى عليه؛ فلا بُدَّ من القبول من المدَّعي مطلقاً، سواءٌ فيه ما يتعيَّنُ وما لا يتعيَّنُ.

(قوله: **وَسَيَجِيءُ**) أي: قريباً.

(قوله: **العَقْلُ**) لا حاجةَ إليه؛ لأنَّه شرطٌ في جميع العقود والتَّصرُّفات الشَّرعيَّة، فلا يصحُّ صُلحُ مجنونٍ وصبيٍّ لا يَعقلُ. «درر»[٤]. وكذا لا يصحُّ صُلحُ المعتوه والنَّائم والمبرسَمِ والمدهوشِ والمغمى عليه؛ إذ ليس لهم قصدٌ شرعيٌّ. وخصَّ بذكرهما؛ لكونهما منصوصاً عليهما بعدم جَرَيان الأحكام الفرعيَّة عليهما، فيدخلُ حكمُ هؤلاء في

---

(١) «العناية»: ٨/ ٤٠٣.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٤٩.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٤٩- ٣٥٠.

(٤) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٥.

فَصَحَّ مِنْ صَبِيٍّ مَأْذُونٍ إِنْ عَرِيَ) صُلحُه (عَنْ ضَرَرٍ بَيِّنٍ، ....

حكمهما بالدِّلالة أو بالقياس؛ لأنَّ حالَهم كحالهما، بل أشدُّ تارةً. صرَّحَ به في «الفصول».
وأمَّا السَّكرانُ؛ فلا يَدخلُ فيهم؛ لأنَّه مخاطَبٌ زجراً له وتشديداً عليه؛ لزوال عقلِه بمحرَّمٍ، ولذلك قال في «منية المفتي»: صلحُ السَّكران جائزٌ.

أقول: قد سبق في كتاب الطَّلاق وفي شتَّى الإقرار إنَّما هو عند أكثر أئمَّتنا، وأمَّا الكرخيُّ والطَّحاويُّ ومحمدُ بنُ سلامٍ قالوا بعدم وقوعه، فيجري على الخلاف المذكور. لكن علمتَ أنَّ الأصحَّ الوقوعُ، وعليه فينبغي صحَّةُ صُلحِه على الأصحِّ.

(قوله: فَصَحَّ مِنْ صَبِيٍّ مَأْذُونٍ) ويصحُّ عنه، بأن صالَحَ أبوه عن داره وقد ادَّعاها مدَّعٍ وأقامَ البرهانَ. ط[1].

(قوله: إِنْ عَرِيَ) بكسر الراء، أي: خلا، وأمَّا بفتحها فمعناهُ: حَلَّ ونزلَ.

(قوله: عَنْ ضَرَرٍ بيِّنٍ) بأن كان نفعاً محضاً، أو لا نفعَ فيه ولا ضررَ، أو فيه ضررٌ غيرُ بيِّنٍ، فإذا ادَّعى الصبيُّ المأذونُ على إنسانٍ ديناً وصالَحَه على بعض حقِّه، فإن لم يكن له عليه بيِّنةٌ؛ جاز الصُّلحُ؛ إذ عند انعدامها لا حقَّ له إلا الخصومةَ والحلفَ، والمالُ أنفعُ منهما. وإن كانت البيِّنةُ؛ لم يجزْ؛ لأنَّ الحطَّ تبرُّعٌ، وهو لا يملِكُه. ومثالُ ما لا ضررَ فيه ولا نفعَ: صُلحُه عن عينٍ بقَدْر قيمتها. ومثالُ ما لا ضررَ فيه بيِّنٌ: ما إذا أخَّرَ الدَّينَ، فإنَّه يجوزُ؛ لأنَّه من أعمال التِّجارة. ط[2].

أقول: وهذا ظاهرٌ في الصَّبيِّ والمكاتَب والمأذون المديون، وأمَّا المأذونُ الغيرُ المديون؛ فينبغي صحَّةُ صُلحِه كيفما كان حيث كان بإذن سيِّده؛ لأنَّه وما في يده لمولاه،

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٠.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٠.

وَ) صحَّ (مِنْ عَبْدٍ مَأْذُونٍ وَمُكَاتَبٍ) لو فيه نفعٌ.

فيكون صُلحُه كصلح مولاه، ولا حقَّ في ماله لغريمٍ كالمديون، ولا تصرُّفُه منوطٌ بالمصلحة كالصَّبيِّ والمكاتب. تأمَّلْ.

(قوله: وَصَحَّ مِنْ عَبْدٍ مَأْذُونٍ) لو لم يكن فيه ضررٌ بيِّنٌ، لكنَّه لا يملكُ الصُّلحَ على حطِّ بعض الحقِّ إذا كان له عليه بيِّنةٌ، ويملكُ التَّأجيلَ مطلقاً، وحطَّ بعض الثَّمن للعيب لِمَا ذُكرَ. ولو صالَحه البائعُ على حطِّ بعض الثَّمن؛ جازَ لِمَا ذُكرَ في الصَّبيِّ المأذون كما في «الدُّرَر»[1].

(قوله: وَمُكَاتَبٍ) فإنَّه نظيرُ العبد المأذون في جميع ما ذُكرَ؛ لأنَّه عبدٌ ما بقيَ عليه درهمٌ، فإن عجزَ المكاتبُ، فادَّعى عليه رجلٌ دَيْنا، فاصطَلَحا أن يأخذَ بعضَه ويؤخِّرَ بعضَه، فإن لم يكن له عليه بيِّنةٌ؛ لم يجزْ؛ لأنَّه لَمَّا عجزَ صار محجوراً، فلا يصحُّ صُلحُه. «درر»[2].

أقول: قولُه: "فادَّعى عليه رجلٌ ديناً" أي: كان في زمن كتابته، إلا أنَّ الصُّلحَ واقعٌ بعد العجز، هذا هو المرادُ، فحينئذٍ لا يكون الشَّرطُ الثَّاني مُستغنىً عنه.

وقيَّد به؛ لأنَّه لو كان للمدَّعي بيِّنةٌ صلح المحجور لا من حيث إنَّه محجورٌ، بل من حيث إنَّ دَينَه دينٌ في زمن كتابته. تدبَّرْ.

وأقول: ومثلُ المكاتب: المعتوهُ المأذونُ، فإنَّه نظيرُ العبد المأذون على ما سبق.

(قوله: لَوْ فِيهِ نَفْعٌ) لو قال: لو لم يكن فيه ضررٌ بيِّنٌ؛ لكان أَوْلى؛ ليَشملَ ما إذا لم يكن فيه نفعٌ ولا ضررٌ، أو كان فيه ضررٌ غيرُ بيِّنٍ كما تقدَّم أمثلةُ ذلك قريباً.

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٥.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٥.

(وَ) شرطُه أيضاً: (كَوْنُ المُصَالَحِ عَلَيْهِ مَعْلُوماً ....

(قوله: مَعْلُومًا) سواءٌ كان مالاً أو منفعةً، بأن صالَحَ على خدمة عبدٍ بعينه سنةً، أو ركوبِ دابَّةٍ بعينها، أو زراعةِ أرضٍ، أو سُكْنى دارٍ وقتاً معلوماً؛ فإنَّه يجوزُ ويكون في معنى الإجارة. وخرجَ ما لم يكن كذلكَ، فلا يصحُّ الصُّلحُ عن الخمر والميتة والدَّمِ وصيدِ الإحرام والحَرَم ونحو ذلك؛ لأنَّ في الصُّلح معنى المعاوضة، فما لا يصلحُ للعِوَض والبيع لا يصلحُ عِوَضاً في الصُّلح. ط[1].

قال في «المنح»: أن يكون معلوماً بذكر المقدار في مثل الدَّراهم، فيُحملُ على النَّقد الغالب في البلد، وبذكرِ المقدار والصِّفة في نحو بُرٍّ، وبمكان التَّسليم أيضاً عند أبي حنيفةَ، وبالأجل أيضاً في نحوِ ثوبٍ، وبإشارةٍ وتعيينٍ في نحو حيوانٍ كما في «العماديَّة»[2]؛ لأنَّ جهالةَ البدل تُفضي إلى المنازعة، فيَفسدُ الصُّلحُ. انتهى. قال في «جامع الفصولين» عازياً «للمبسوط»: الصُّلحُ على خمسةِ أوجهٍ: الأوَّلُ: صلحٌ على دارهمَ أو دنانيرَ أو فلوسٍ، فيحتاجُ إلى ذكر القَدْر. الثَّاني: على تِبْرٍ أو كيليٍّ أو وزنيٍّ مما لا حِملَ له ولا مؤنةَ، فيحتاجُ إلى ذكر قدرٍ وصفةٍ؛ إذ يكون جيِّداً أو وسطاً أو رديئاً، فلا بُدَّ من بيانه. الثَّالثُ: على كيليٍّ أو وزنيٍّ مما له حملٌ ومؤنةٌ، فيحتاجُ إلى ذكر قدرٍ وصفةٍ ومكانِ تسليمه عند أبي حنيفةَ كما في السَّلَم. الرَّابعُ: صُلحٌ على ثوبٍ، فيحتاجُ إلى ذكرِ ذَرْعٍ وصفةٍ وأجلٍ؛ إذ الثَّوبُ لا يكون دَيْناً إلا في السَّلَم، وهو عُرفَ مؤجَّلاً. الخامسُ: صلحٌ على حيوانٍ، ولا يجوزُ إلا بعينه؛ إذ الصُّلح من التِّجارة، والحيوانُ لا يصلح دَيناً فيها. انتهى[3].

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٠.

(٢) «فصول الأحكام»: الفصل التاسع والعشرون: ص٢٩٢- ٢٩٣ (رسالة جامعية ت: موسى العمري).

(٣) «جامع الفصولين»: الفصل الثلاثون: ٢/ ٥١- ٥٢.

إِنْ كَانَ يُحْتَاجُ إِلَى قَبْضِهِ، ....

(قوله: إِنْ كَانَ يُحْتَاجُ إِلَى قَبْضِهِ) فإن كان لا يحتاجُ إلى قبضه؛ لا يُشترطُ معلوميَّته، مثلُ: أن يدَّعِيَ حقًا في دارِ رجلٍ، وادَّعى المدَّعى عليه حقًا في أرضٍ بيد المدَّعي، فاصطَلَحا على ترك الدَّعوى؛ جازَ وإن لم يُبيِّنْ كلٌّ منهما مقدارَ حقِّه؛ لأنَّ جهالةَ السَّاقط لا تُفضي إلى المنازعة كما في «الدُّرر»[1].

قال في «العناية»: ويُفسِدُه جهالةُ المصالَحِ عليه؛ لأنَّها تُفضي إلى المنازعة، دون جهالة المصالح عنه؛ لأنَّه يَسقطُ. وهذا ليس على إطلاقه، بل فيه تفصيلٌ، وهو أنَّ الصُّلحَ باعتبار بدلَيْه على أربعةِ أوجهٍ: إمَّا أن يكون عن معلومٍ على معلومٍ، وهو جائزٌ لا محالةَ، وإمَّا أن يكون عن مجهولٍ على مجهولٍ، فإن لم يُحتجْ فيه إلى التَّسليم والتَّسلُّم، مثلُ: أن يدَّعيَ حقًا في دارِ رجلٍ، وادَّعى المدَّعى عليه حقًا في أرضٍ بيد المدَّعى، فاصطَلَحا على ترك الدَّعوى؛ جازَ، وإن احتِيجَ إليه وقد اصطَلَحا على أن يدفعَ أحدُهما مالاً ولم يُبيِّنْه على أن يتركَ الآخرُ دعواهُ، أو على أن يُسلِّمَ إليه ما ادَّعاه؛ لم يجزْ. وإمَّا أن يكون عن مجهولٍ على معلومٍ وقد احتِيجَ إليه إلى التَّسليم، كما لو ادَّعى حقًا في دارٍ في يدِ رجلٍ ولم يُسمِّه، فاصطَلَحا على أن يُعطيَه المدَّعى مالاً معلومًا ليُسلِّمَ المدَّعى عليه للمدَّعي ما ادَّعاهُ، وهو لا يجوزُ وإن لم يحتجْ فيه إلى التَّسليم، كما إذا اصطَلَحا في هذه الصُّورة على أن يتركَ المدَّعي دعواهُ؛ جازَ. وإمَّا أن يكون عن معلومٍ على مجهولٍ وقد احتِيجَ فيه إلى التَّسليم؛ لا يجوزُ، وإن لم يحتجْ إليه جازَ. والأصلُ في ذلك: أنَّ الجهالةَ المفضيةَ للمنازعة المانعةَ عن التَّسليم والتَّسلُّم هي المفسدةُ، فما لا يجبُ فيه التَّسلُّمُ والتَّسليمُ جازَ، وما وَجَبا فيه

(١) «درر الحكام»: ٢/٣٩٦.

وَ) كونُ (المُصَالَحِ عَنْهُ حَقّاً يَجُوزُ الاعْتِيَاضُ عَنْهُ وَلَوْ) كان (غَيْرَ مَالٍ، كَالقِصَاصِ وَالتَّعْزِيرِ، مَعْلُوماً كَانَ) المصالَحُ عنه ....

لم يجزْ مع الجهالة؛ لأنَّ القدرةَ على تسليم البدل شرطٌ؛ لكونه في معنى البيع. انتهى[١].

(قوله: وَكَوْنُ المُصَالَحِ عَنْهُ حَقّاً) أي: للمصالح ثابتاً في المحلِّ، لا حقّاً لله تعالى، فخرجَ بقولنا: «أي: للمصالح» ما إذا ادَّعتْ مطلَّقةٌ على زوجها أنَّ صبيّاً في يد أحدهما ابنُها منه، فصالَحها على شيءٍ لتتركَ الدَّعوى؛ فإنَّه يَبطلُ؛ لأنَّ النَّسبَ حقُّ الصَّبيِّ لا حقُّهما، فلا تملكُ الاعتياضَ عن حقِّ غيرها.

وخرجَ بقولنا: "ثابتاً في المحلِّ" مصالحةُ الكفيل بالنَّفس على مالٍ على أن يُبرئَه من الكفالة؛ لأنَّ الثَّابتَ للطَّالب حقُّ المطالبة بتسليم نفس الأصيل، وهو عبارةٌ عن ولاية المطالبة، وإنَّها صفةُ الوالي، فلا يجوز الصُّلحُ عنه كما يأتي. واختلفت الرِّواياتُ في بطلان الكفالة كما في «الكافي»، والأصحُّ بُطلانُها كما في «منية المفتي»، وبه يُفتى كما في «العناية» و«البيانيَّة»[٢].

وبقي من الشُّروط: قبضُ بدله إن كان دَيْناً بدينٍ، وإلا لا كما سيأتي.

(قوله: كَالقِصَاصِ) في النَّفس، إنَّما جازَ الصُّلحُ عنه؛ لأنَّ المحلَّ فيه يصيرُ مملوكاً في حقِّ الاستيفاء، فكان الحقُّ ثابتاً في المحلِّ، فيَملكُ الاعتياضَ عنه بالصُّلح. ط[٣].

(قوله: وَالتَّعْزِيرِ) الذي هو حقُّ العبد، كأن صالَحه عن سبِّه بما دون قذفٍ، أمَّا التَّعزيرُ

(١) «العناية»: ٨/ ٤٠٩.

(٢) «العناية»: ٨/ ٤١٦.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٠.

(أَوْ مَجْهُولاً. لا) يصحُّ (لَو) المصالَحُ عنه (مِمَّا لا يَجُوزُ الاعْتِيَاضُ عَنْهُ) وبيَّنَه بقوله:

الذي هو حقُّ الله تعالى كقُبْلَةٍ من أجنبيَّةٍ؛ فالظَّاهرُ: عدمُ صحَّة الصُّلح عنه؛ لأنَّ الصُّلحَ لا يكون إلا من صاحب الحقِّ كما أفاده الرَّحمتيُّ.

(قوله: أَوْ مَجْهُولاً) كأن ادَّعى عليه قَدْراً من المال فصُولحَ، أو ادَّعى عليه القصاصَ ولم يُبيِّنْ أنَّه في نفسٍ أو طَرفٍ، أو شَتمَه ولم يُبيِّنْ بماذا شَتمَه. وتقدَّم في باب الاستحقاق صحَّةُ الصُّلح عن مجهولٍ على معلومٍ؛ لأنَّ جهالةَ السَّاقط لا تُفضي إلى المنازعة، ولأنَّ المصالَحَ عنه ساقطٌ، فهو مثلُ الإبراء عن المجهول، فإنَّه جائزٌ عندنا لِمَا ذكرَ، بخلاف عِوَض الصُّلح، فإنَّه لَمَّا كان مطلوبَ التَّسليم؛ اشتُرطَ كونُه معلوماً لئلا يُفضيَ إلى المنازعة. وانظر ما تقدَّم عن «الفتح» أواخرَ العيب. وكونُه مجهولاً أي: بشرط أن يكون مالاً يحتاجُ إلى التَّسليم، كترك الدَّعوى مثلاً، بخلاف ما لو كان عن التَّسليم المدَّعى به. قال في «جامع الفصولين»: ادَّعى عليه مالاً معلوماً، فصالَحه على ألفِ درهمٍ، وقبضَ بدلَ الصُّلح، وذكرَ في آخر الصكِّ: "وأبرأ المدَّعي عن جميع دعواهُ وخصوماتِه إبراءً صحيحاً عامّاً"، فقيل: لم يصحَّ الصُّلحُ؛ لأنَّه لم يذكرْ قَدْرَ المال المدَّعى به، ولا بُدَّ من بيانه ليُعلمَ أنَّ هذا الصُّلحَ وقعَ معاوضةً أو إسقاطاً أو وقعَ صَرفاً شُرطَ فيه التَّقابضُ في المجلس أو لا، وقد ذكرَ قبضَ بدل الصُّلح ولم يتعرَّضْ لمجلس الصُّلح، فمع هذا الاحتمالِ لا يمكن القولُ بصحَّة الصُّلح. وأمَّا الإبراءُ؛ فقد حصلَ على سبيل العموم، فلا تُسمعُ دعوى المدَّعي بعده للإبراء العامِّ لا للصُّلح(١).

قال في «البحر»: والجهالةُ فيه إن كانت تُفضي إلى المنازعة، كوقوعها فيما يحتاجُ إلى

(١) «جامع الفصولين»: الفصل الأربعون: ٢/ ٢٤٩ عن «العدة».

(كَحَقِّ شُفْعَةٍ، وَحَدِّ قَذْفٍ، ....

التَّسليم؛ منعتْ صحَّتَه، وإلا لا، فبطلَ إن كان المصالَحُ عليه أو عنه مجهولاً لا يحتاجُ إلى التَّسليم، كصُلحِه بعد دعواه مجهولاً على أن يدفعَ له مالاً ولم يُسمِّه. انتهى[1].

أقول: لكن في قول «جامع الفصولين»: ولا بُدَّ من بيانه نظرٌ؛ لأنَّ المالَ بالصُّورة معلومٌ، بدليل قوله أوَّلَ عبارته: ادَّعى عليه مالاً معلوماً، والظَّاهرُ: أنَّ لفظَ معلوماً زائدٌ حتَّى يتمَّ المرادُ. تأمَّلْ.

(قوله: كَحَقِّ شُفْعَةٍ) يعني: إذا صالَحَ المشتري الشَّفيعَ عن الشُّفعة التي وجبتْ له على شيءٍ على أن يُسلِّمَ الدَّارَ للمشتري؛ فالصُّلحُ باطلٌ؛ إذ لا حقَّ للشَّفيع في المحلِّ سوى حقِّ التَّمليك، وهو ليس بأمرٍ ثابتٍ في المحلِّ، بل هو عبارةٌ عن ولاية الطَّلب، وتسليمُ الشُّفعة لا قيمةَ له، فلا يجوزُ أخذُ المال في مقابلته كما في «الدُّرَر»[2].

وأطلَقَه، وهو على ثلاثةِ أوجهٍ: أن يُصالِحَ على دراهمَ معلومةٍ على أن يُسلِّمَ الدَّارَ للمشتري، وأن يُصالِحَ على بيتٍ معيَّنٍ منها بحصَّته من الثَّمن، وأن يُصالِحَ على نصف الدَّار بنصف الثَّمن، ففي الأوَّلين يبطلُ الصُّلحُ، وكذا الشُّفعةُ في الأوَّل، ويصحُّ الصُّلحُ في الثَّالث، والشُّفعةُ لا تبطلُ فيه وفي الثَّاني كما في «المبسوط» وغيره. فظهرَ أنَّ المرادَ بقول «الدرر»: على شيءٍ: دراهمَ معلومةٍ ونحوها.

(قوله: وَحَدِّ قَذْفٍ) بأن قذفَ رجلاً، فصالَحَه على مالٍ على أن يَعفوَ عنه؛ لأنَّه وإن كان للعبد فيه حقٌّ، فالغالبُ فيه حقُّ الله تعالى، والمغلوبُ مُلحقٌ بالمعدوم، وكذلك لا يجوزُ الصُّلحُ عن حقِّ الله تعالى ولو ماليّاً كالزَّكاة، ولا عن حدِّ الزِّنى والسَّرقة وشرب الخمر،

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٦.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٨.

وَكَفَالَةٍ بِنَفْسٍ) وَيَبطلُ به الأَوَّلُ والثَّالثُ، وكذا الثَّاني لو قبل الرَّفع للحاكم، ....

بأن أُخذَ زانياً أو سارقاً من غيره أو شاربَ خمرٍ، فصالَحه على مالٍ على أن لا يرفعَه إلى وليِّ الأمر؛ لأنَّه حقُّ الله تعالى، ولا يجوز عنه الصُّلحُ؛ لأنَّ المصالَحَ بالصُّلح يتصرَّفُ: إمَّا باستيفاء كلِّ حقِّه، أو استيفاءِ بعضه وإسقاطِ الباقي، أو بالمعاوضة، وكلُّ ذلك لا يجوزُ في غير حقِّه كما في «الدُّرَر»[1]. وإنَّما لا يجوز الصُّلحُ عن حقوقه تعالى؛ لأنَّ الأصلَ فيه: أنَّ الاعتياضَ عن حقِّ الغير لا يجوزُ، والحدودُ المشروعةُ لَمَّا كانت حقّاً لله تعالى خالصاً أو غالباً؛ فلا يجوز لأحدٍ أن يُصالِحَ على شيءٍ في حقِّ الله تعالى. والمرادُ من حقِّ الله تعالى: ما يتعلَّقُ به النَّفعُ العامُّ لأهل العالم، فلا يختصُّ به أحدٌ، كحرمة الزِّنى، فإنَّ نفعَه عائدٌ إلى جميع أهل العالم، وهو سلامةُ أنسابهم وصيانةُ فُرُشهم وارتفاعُ السَّيْف بين العشائر بسبب التَّنازع بين الزُّناة، ولذلك لا يباحُ الزِّنى بإباحةِ المرأة أو أهلها، وإنَّما نُسبَ إلى الله تعالى مع أنَّ النَّفعَ عائدٌ إلى العباد تعظيماً؛ لأنَّه متعالٍ عن أن ينتفعَ بشيءٍ، ولا يجوز أن يكون حقّاً له بجهة التَّخليق؛ لأنَّ الكلَّ سواءٌ في ذلك. كذا في «شرح المنار» لجلال الدِّين.

(قوله: وَكَفَالَةٍ بِنَفْسٍ) الوجهُ فيه كالوجه في سابقه، وقدَّمْنا الكلامَ عليها قريباً. وقيَّد الكفالةَ بكفالة النَّفس؛ لأنَّه لو صالَحه عن كفالة المالِ؛ يكون إسقاطاً لبعض الدَّين عنه، وهو صحيحٌ.

(قوله: وَيَبْطُلُ بِهِ الأَوَّلُ) أي: حقُّ الشُّفعة؛ لرضى الشَّفيع بسقوط حقِّه.

(قوله: وَكَذَا الثَّانِي) أي: حدُّ القذف.

(قوله: لَوْ قَبْلَ الرَّفْعِ لِلْحَاكِمِ) ظاهرُه: أنَّه يبطلُ بالصُّلح أصلاً، وهو الذي في

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٦.

«الشُّرنبلاليَّة» عن قاضيخان، فإنَّه قال: بطلَ الصُّلحُ وسقطَ الحدُّ إن كان قبل أن يُرفعَ إلى القاضي، وإن كان بعده لا يبطلُ الحدُّ[1]. وقد سبق أنَّه إنَّما سقطَ بالعفو لعدم الطَّلب، حتَّى لو عادَ وطلبَ حُدَّ. قال في «الأشباه»: لا يصحُّ الصُّلحُ عن الحدِّ، ولا يسقطُ به حدُّ القذف إن كان قبل المرافعة كما في «الخانيَّة»[2]. قال البيريُّ: أي: فإنَّ الحدَّ يسقطُ وإن كان الصُّلحُ لم يجزْ، أمَّا إذا كان بعد المرافعةِ؛ فلا يَسقطُ[3].

أقول: هذا الذي في «الخانيَّة» ينافي ما ذكره في «الإيضاح»: بأنَّ له أن يُطالِبَ بعد العفو والصُّلح عن ذلك. فراجِعْه في الإقرار. وعبارةُ «الأشباه» في الإقرار: ولا يملكُ المقذوفُ العفوَ عن القاذف، ولو قال المقذوفُ: "كنت مُبطِلاً في دعواي"؛ سقطَ الحدُّ. كذا في حِيَل «التَّاترخانيَّة» من حيل المداينات[4]. قال البيريُّ: قال في «الإيضاح»: وإذا ثبت الحدُّ لم يجزِ الإسقاطُ ولا العفوُ، ولذا إذا عفا قبلَ المرافعة أو أبرأَ أو صالَحَ على مالٍ؛ فذلك باطلٌ، ويردُّ مالَ الصُّلح، وله أن يُطالِبَه بالحدِّ بعد ذلك. اهـ[5]. وقدَّمَ الشَّارحُ في باب حدِّ القذف: (ولا رجوعَ بعد إقرارٍ ولا اعتياضٍ، أي: أخذ عِوَضٍ ولا صلحٍ ولا عفو فيه وعنه. نعم، لو عفا المقذوفُ؛ فلا حدَّ لا لصحَّة العفو، بل لترك الطَّلب، حتَّى لو عادَ وطلبَ حُدَّ. شُمُنِّي. ولذا لا يتمُّ إلا بحضرته)، فأفاد أنَّه لا صُلحَ، فلا يَسقطُ، وظاهرُه: ولو قبل

---

(١) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٣٩٦ (بهامش درر الحكام).

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٢.

(٣) «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٢٨٠.

(٤) «الفتاوى التاترخانية»: ١٠/ ٤٠٦، «الأشباه والنظائر»: ص٢١٧.

(٥) «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٢٥٢.

لا حدَّ زنى وشُربٍ مطلقاً.

المرافعة. ولا يقامُ إلا بطلب المقذوف في الموضعينِ، إلا أن يُحملَ ما في «الخانيَّة» على البطلان لعدم الطَّلب، وكذا يقال في حدِّ السَّرقة، فإنَّه لا يصحُّ عنه الصُّلحُ كما في «مجمع الفتاوى»، فكان على المصنِّف والشَّارح أن يَستثنيَه أيضاً.

(قوله: لا حَدَّ زِنىً) أي: لا يصحُّ الصُّلحُ عنه. صورتُه: زنى رجلٌ بامرأةِ رجلٍ، فعلمَ الزَّوجُ، وأرادَ أحدُهما الصُّلحَ، فتصالَحَا معاً أو أحدُهما على معلومٍ على أن يعفوَ؛ كان باطلاً، وعفوُه باطلٌ سواءٌ كان قبل الرَّفع أو بعده، والرَّجلُ إذا قذفَ امرأتَه المحصَنةَ حتى وجبَ اللِّعانُ؛ كان باطلاً، وعفوُها بعد الرَّفع باطلٌ، وقبل الرَّفع جائزٌ. «خانية».

(قوله: وَشُرْبٍ مُطْلَقاً) أي: إذا صالَحَ شاربُ الخمر القاضيَ على أن يأخذَ منه مالاً ويعفوَ عنه؛ لا يصحُّ الصُّلحُ، ويردُّ المالَ على شارب الخمر، سواءٌ كان ذلك قبل الرَّفع أو بعده كما في «الخانيَّة». فليُحفظْ، والآن مبتلونَ بذلك، ولا حول ولا قوَّة إلا بالله العلي العظيم.

فرعٌ: قال في «البزَّازيَّة»: وفي «نظم الفقه»: أخذَ سارقاً في دار غيره، فأرادَ رفعَه إلى صاحب المال، فدفعَ له السَّارقُ مالاً على أن يكفَّ عنه؛ يبطلُ ويردُّ البدلَ إلى السَّارق؛ لأنَّ الحقَّ ليس له، ولو كان الصُّلحُ مع صاحب السَّرقة؛ بَرئَ من الخصومة بأخذ المال، وحدُّ السَّرقة لا يثبتُ من غير خصومةٍ، ويصحُّ الصُّلحُ. اهـ[1].

وفيها أيضاً: اتُّهمَ بسرقةٍ وحبسٍ، فصالَحَ، ثمَّ زعم أنَّ الصُّلحَ كان خوفاً على نفسه: إنْ في حبس الوالي تصحُّ الدَّعوى؛ لأنَّ الغالبَ أنَّه حُبسَ ظلماً، وإن في حبس القاضي لا تصحُّ؛ لأنَّ الغالبَ أنَّه يُحبسُ بحقٍّ. اهـ[2].

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ١٩٨.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ١٩٩.

(وَطَلَبُ الصُّلْحِ كَافٍ عَنِ القَبُولِ مِنَ المُدَّعَى عَلَيْهِ إِنَ كَانَ المُدَّعَى بِهِ مِمَّا لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ) كالدَّراهم والدَّنانير، وطلبَ الصُّلحَ على ذلك؛ لأنَّه إسقاطٌ للبعض، وهو يتمُّ بالمسقِطِ. (وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَتَعَيَّنُ) بالتَّعيين؛ (فَلَا بُدَّ مِنْ قَبُولِ المُدَّعَى عَلَيْهِ) لأنَّه كالبيع. «بحر»[1].

أقول: وهذا على ما كان في زمنهم من تصرُّفِ الوالي برأيه، وأمَّا في زماننا؛ فلا فرقَ يظهرُ بينهما، فإنَّهما على السَّواء حتَّى صار حبسُهما واحداً؛ إذ لا يُحبسُ الواحدُ إلا بعد ثبوت حبسه بوجهه.

(قوله: مِنَ المُدَّعَى عَلَيْهِ) متعلِّقٌ بالقبول، وحُذفَ نظيرُه من الأوَّل، فإنَّ المعنى: وطلب الصُّلح من المدَّعى عليه.

(قوله: كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ) الكافُ للاستقصاء؛ إذ ليس معناهُ ما لا يتعيَّنُ غيرهما.

(قوله: وَطَلَبُ الصُّلْحِ) لا حاجةَ إلى هذه الجملة بعد قول المتن: (وطلب الصُّلح كافٍ). (قوله: عَلَى ذَلِكَ) كذا في بعض النسخ، وفي بعضها: "عن" بدل "على".

(قوله: لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ) سيأتي في الصُّلح في الدَّين: أنَّه أخذٌ لبعض حقِّه وإسقاطٌ للباقي، لكن ليس ذلك مخصوصاً بما لا يتعيَّنُ بالتَّعيين، بل كلُّ ما يثبتُ في الذِّمَّة.

(قوله: وَهُوَ يَتِمُّ بِالمُسْقِطِ) هذا يفيدُ أنَّه لا يُشترطُ الطَّلبُ كما لا يُشترطُ القبولُ، وأنَّ هذا في الإقرار كما صرَّحَ به الشَّارحُ نقلاً عن «العناية». فتأمَّلْ.

(قوله: لِأَنَّهُ كَالبَيْعِ) أي: فتجري فيه أحكامُ البيع، فيُنظرُ: إن وقعَ على خلافِ جنس

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٥.

(وَحُكْمُهُ وُقُوعُ البَرَاءَةِ عَنِ الدَّعْوَى) ووقوعُ الملكِ في مصالَحٍ عليه، ....

المدَّعى؛ فهو بيعٌ وشراءٌ كما يذكرُه بعدُ، وإن وقعَ على جنسه، فإن وقعَ بأقلَّ من المدَّعى؛ فهو حطٌّ وإبراءٌ، وإن كان مثلَه؛ فهو قبضٌ واستيفاءٌ، وإن كان بأكثرَ منه؛ فهو فضلٌ وربـاً.

(قوله: وَحُكْمُهُ) أي: أثرُه الثَّابتُ له. «منح». قال في «البحر»: وحكمُه في جانب المصالَحِ عليه: وقوعُ الملك فيه للمدَّعي، سواءٌ كان المدَّعى عليه مقرّاً أو مُنكِراً، وفي المصالَحِ عنه: وقوعُ الملك فيه للمدَّعى عليه إن كان مما يَحتملُ التَّمليكَ كالمال، وكان المدَّعى عليه مُقرّاً به، وإن كان مما لا يَحتملُ التَّمليكَ كالقصاص، ووقوعُ البراءة كما إذا كان مُنكِراً مطلقـاً. اهـ[1]. وظاهرُه: أنَّه لا يملكُ المصالَحَ عنه مع الإنكار مع أنَّه معاوضةٌ في حقِّ المدَّعي، ولذا يؤخذُ منه بالشُّفعة إن كان عقاراً، وهذا يَقتضي أنَّه يملكُ.

(قوله: وُقُوعُ البَرَاءَةِ عَنِ الدَّعْوَى) لِمَا مرَّ أنَّه عقدٌ يرفعُ النِّزاعَ، أي: ما لم يَعرضْ مُبطِلٌ كاستحقاق البدل. أطلَقَه، فشملَ أنَّ حكمَه ذلك في أنواعه الثَّلاثة، حتَّى لو أنكرَ فصالَحَ ثمَّ أقرَّ؛ لا يلزَمُه ما أقرَّ به، وكذا لو برهَنَ بعد صُلْحه لا يُقبلُ. ولو برهَنَ على إقرار المدَّعي أنَّه لا حقَّ له من قِبَلِه قبل الصُّلح أو قبل قبض البدل؛ لا يصحُّ الصُّلحُ، كصلحٍ بعد الحلف، فإنَّه لا يصحُّ عند الشَّيْخين خلافـاً لمحمدٍ، وصلحِ مودعٍ يدَّعي الاستهلاكَ مع المودع يدَّعي الضَّياعَ، فإنَّه لا يصحُّ عند الطَّرفين خلافـاً لأبي يوسفَ كما في المقدسيِّ.

(قوله: وَوُقُوعُ المُلْكِ) أي: للمدَّعي أو للمدَّعى عليه.

(قوله: فِي مُصَالَحٍ عَلَيْهِ) أي: مطلقـاً ولو مُنكِراً.

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٦.

وعنه لو مُقِرّاً، (وَهُوَ صَحِيحٌ ....

(قوله: وَعَنْهُ لَوْ مُقِرّاً) قال في «المنح»: وفي المصالَح عنه وقوعُ الملك فيه للمدَّعى عليه إن كان مما يَحتملُ التَّملُّكَ كالمال، وكان المدَّعى عليه مقرّاً به... إلى آخر ما تقدَّم عن «البحر».

وقولُه: (لو مقرّاً) قيدٌ في قوله: (وعنه)، وأمَّا إذا كان مُنكِراً؛ فالحكمُ البراءةُ عن الدَّعوى، سواءٌ كانت فيما يحتملُ التَّمليكَ أو لا. أفاده الحمويُّ[1].

(قوله: وَهُوَ صَحِيحٌ) لقوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[النِّساء: ١٢٨]، وقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «كُلُّ صُلْحٍ جَائِزٌ فِيمَا بَيْنَ المُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً»[2]، ومعنى جواز الصُّلح: اعتبارُه حتَّى يملكُ المدَّعي بدلَ الصُّلح، ولا يستردُّه المدَّعى عليه، ويبطلُ حقُّ المدَّعي في الدَّعوى. والمرادُ بقوله: (صلحاً أحلَّ حراماً) أي: لعينه كالخمر، وقولُه: (أو حرَّمَ حلالاً) أي: لعينه كالمصالَحَة على تركِ وطء الضَّرَّة، وأمَّا دفعُ الرِّشوة لدفع الظُّلم؛ فجائزٌ وليس بصُلحٍ أحلَّ حراماً، ولا بسُحتٍ إلا على مَنْ أكلَه. قال محمدٌ في «السِّيَر الكبير»: بلغَنا عن الشَّعثاء جابر بن زيدٍ أنَّه قال: "ما وَجدْنا في زمن الحَجَّاج أو زيادِ بن زيادٍ شيئاً خيراً لنا من الرُّشا". اهـ[3].

قال أبو السُّعود: ومعنى قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَحَلَّ حَرَاماً... إلخ»: كما إذا صالَحَ على ألا يتصرَّفَ في بدل الصُّلح، أو أن يجعلَ عِوَضَ الصُّلح خمراً أو خنزيراً، وقولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَعَنَ اللهُ الرَّاشِيَ وَالمُرْتَشِيَ» المرادُ به: إذا كان هو الظَّالمَ، فيدفعُها لبعض

---

(١) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦٠/آ شهيد علي باشا.

(٢) رواه أبو داود: ٣٥٩٤ من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) انظر: «شرح السير الكبير» للسرخسي: ص٢٠٣٥.

مَعَ إِقْرَارٍ، أَوْ سُكُوتٍ، أَوْ إِنْكَارٍ. فَالأَوَّلُ) حُكْمُه (كَبَيْعٍ إِنْ وَقَعَ عَنْ مَالٍ بِمَالٍ) ....

الظَّلمة يَستعينُ بها على الظُّلم، وأمَّا لدفع الضَّرر عن نفسه؛ فلا شُبهةَ فيها، حتَّى روي عن أبي يوسفَ: أنَّه أجازَ ذلك للوصيِّ من مال اليتيم لدفع الضَّرر عن اليتيم... إلخ زيلعي[1].

(قوله: **مَعَ إِقْرَارٍ... إلخ**) قال الأكملُ: الحصرُ في هذه الأنواع ضروريٌّ؛ لأنَّ الخصمَ وقت الدَّعوى إمَّا أن يَسكتَ أو يتكلَّمَ مجيباً، وهو لا يخلو عن النَّفي والإثبات. لا يقال: قد يتكلَّمُ بما لا يتَّصلُ بمحلِّ النِّزاع؛ لأنَّه سقطَ بقولنا: "مجيباً"[2]. اهـ «منح». وقولُه: (مع إقرارٍ) أطلَقَه، فشملَ ما يكون حقيقةً وصريحاً وحكماً، كطلب الصُّلح والإبراء عن المال أو الحقِّ، فيرجعُ إليه بالبيان كما في «المحيط»، وفيه تفصيلٌ لطيفٌ، فراجعْه إن شئتَ.

(قوله: **فَالأَوَّلُ حُكْمُهُ كَبَيْعٍ**) أي: فتجري فيه أحكامُ البيع، فيُنظرُ: إن وقعَ على خلافِ جنس المدَّعى؛ فهو بيعٌ وشراءٌ كما ذُكِرَ هنا، وإن وقعَ على جنسه، فإن كان بأقلَّ من المدَّعى؛ فهو حطٌّ وإبراءٌ، وإن كان بمثله؛ فهو قبضٌ واستيفاءٌ، وإن كان بأكثرَ منه؛ فهو فضلٌ وربـاً. ذكره الزَّيلعيُّ[3]. وقدَّمْناه قريباً. قال في «البحر»: فإن وقعَ عن مالٍ بمالٍ بإقرارٍ؛ اعتُبرَ بيعاً إن كان على خلاف الجنس، إلا في مسألتين: الأولى: إذا صالَحَ من الدَّين على عبدٍ وصاحبُه مُقرٌّ بالدَّين، وقبضَ العبدَ؛ ليس له المرابحةُ من غير بيانٍ. الثَّانيةُ: إذا تَصادَقا على أن لا دَينَ بطل الصُّلحُ، كما لو استوفى عينَ حقِّه ثمَّ تَصادَقا أن لا دَينَ، فلو تَصادَقا على أن لا دَيْنَ؛ لا يبطلُ الشِّراءُ. اهـ[4].

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٣١. «فتح المعين»: ٣/ ١٧٧. ووقع في بولاق: (رملي) بدل (زيلعي). والتصويب من أبي السعود و«تبيين الحقائق».

(٢) «العناية»: ٨/ ٤٠٥.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٣١.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٦.

وحينئذٍ (فَتَجْرِي فِيهِ) أحكامُ البيع كـ(الشُّفْعَة، ....

(قوله: وَحِينَئِذٍ) زيادةُ (حينئذٍ) اقتضتْ زيادةَ الفاء في (فتجري) ـ أي: التَّفريعيَّة ـ في المصنِّف، وقولُه: (فيه) أي: في هذا الصُّلح. «منح». فيشملُ المصالَحَ عنه والمصالَحَ عليه، وهو بدلُ الصُّلح، حتَّى لو صالَحَ عن دارٍ بدارٍ وجبَ فيهما الشُّفعةُ.

(قوله: الشُّفْعَةُ) أي: ويلزمُ الشَّفيعُ مثلَ بدل الآخر لو مثليّاً، وقيمتَه لو قيميّاً غيرَ عقارٍ، حتَّى لو كان البدلانِ عقاراً لا شُفعةَ في واحدٍ منهما. قهستاني[1]. ثمَّ قال في فصل السُّكوت والإنكار: تجب الشُّفعةُ في الدَّار المصالَحِ عليها عن دارٍ أو غيرها، فإنَّه معاوضةٌ في زعم المدَّعي. اهـ[2]. تأمَّلْ. هذا مع ما قبله مُمعِناً. والذي يظهرُ لي: أنَّه إذا كان الصُّلحُ عن إقرارٍ على دارٍ بدارٍ تجب الشُّفعةُ فيهما؛ لأنَّ كلّاً منهما عِوَضٌ عن الثَّانية، وإن كان عن سكوتٍ أو إنكارٍ؛ فتجب في الدَّار المصالَح عليها دون الدَّار المصالَح عنها؛ لأنَّ المعاوضةَ هنا في الدَّار المصالَح عليها فقط. أمَّا عبارةُ القُهُستاني الأولى؛ فلم أرَ ما يدلُّ عليها، بل صريحُ النُّقول يُخالفُها. قال في «المجلَّة» من كتاب الصُّلح في المادة الخمسين وخمسمائةٍ بعد الألف ما نصُّه: "عن إنكار ياخود عن سكوت صلح، أو لمق مدَّعي حقنده معاوضه، ومدَّعى عليه حقنده يميندن خلاص إيله قطع منازعه در بناء على ذلك مصالَح عليه، أو لأن عقار ده شفعه جريان ايدر إما مصالح عنه، أو لأن عقار ده شفعه جريان ايتمز"[3].

(١) «جامع الرموز»: ص٦٣٢.

(٢) «جامع الرموز»: ص٦٣٤.

(٣) «مجلة الأحكام العدلية»: ص٣٠٢، وترجمة هذا الكلام: (الصلحُ عن الإنكار أو السكوتِ هو في حقِّ المدَّعي معاوضةٌ، وفي حقِّ المدَّعى عليه خلاصٌ من اليمين وقطعٌ للمنازعة، فتجري الشُّفعةُ في العقار المصالَح عليه، ولا تجري في العقار المصالح عنه).

وَالرَّدِّ بِعَيْبٍ، وَخِيَارِ رُؤْيَةٍ، وَشَرْطٍ، وَيُفْسِدُهُ جَهَالَةُ البَدَلِ المصالَحِ عليه، ....

(قوله: وَالرَّدِّ بِعَيْبٍ) نحوُ: إذا كان بدلُ الصُّلح عبداً مثلاً، فوجدَ المدَّعي فيه عيباً؛ له أن يَردَّه، وظاهرُ إطلاقه: أنَّه يردُّه بيسير العيبِ وفاحشه، وقد ذكره الطَّحاويُّ[1]. أفاده الحمويُّ[2]. وأطلقَ الردَّ بالعيب، وهو المرادُ في الإقرار، قال الطَّحاويُّ: بالإقرار يردُّ بيسيرٍ وفاحشٍ، وفي الإنكار بالفاحش، كخُلعٍ ومهرٍ وبدلِ صلحٍ عن دم عمدٍ[3].

(قوله: وَخِيَارِ رُؤْيَةٍ) فيردُّ العِوَضَ إذا رآه وكان لم يَرَه وقتَ العقد، وكذلك يردُّ المصالَحَ عنه إن كان لم يرهُ.

(قوله: وَشَرْطٍ) بأن تَصالَحا على شيءٍ، فشرطَ أحدُهما الخيارَ لنفسه مثلاً. قال في «المنبع»: ويبطلُ الصُّلحُ بالردِّ بأحدِ هذه الخيارات الثَّلاث.

(قوله: وَيُفْسِدُهُ جَهَالَةُ البَدَلِ المُصَالَحِ عَلَيْهِ) أي: إن كان يحتاجُ إلى تسليمه، وإلا فلا يفسدُ، كما إذا ادَّعى عليه ثُلُثَ داره، فصالَحه على أن يَتركَ دعواه في حقٍّ مجهولٍ في أرض المدَّعي كما في «العناية»؛ لأنَّه بيعٌ، فصار كجهالة الثَّمن. عيني[4]. وكذا يفسدُ بجهالة الأجل إذا جُعلَ البدلُ مؤجَّلاً. زيلعي[5]. قال الرَّمليُّ: إنَّ جهالةَ المصالَح عليه تفسدُ الصُّلحَ، وكذا جهالةُ المصالَح عنه إن كان يحتاجُ إلى التَّسليم[6].

---

(١) «مختصر الطحاوي»: ص١٠١، قال: (وهذا التفصيل بين العيب الفاحش وبين العيب الغير الفاحش ليس بموجودٍ في كتبهم، ولكنَّه مما تدلُّ عليه مذاهبهم).

(٢) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦١/ آ شهيد علي باشا.

(٣) «مختصر الطحاوي»: ص١٠١- ١٠٢.

(٤) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٦٣.

(٥) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٣٢.

(٦) «مظهر الحقائق»: ق٢٨٧/ ب الأزهرية عن «السراج الوهاج».

لا جهالةُ المصالح عنه؛ لأنَّه يَسقطُ. وتُشترطُ القدرةُ على تسليم البدل ....

وأقول: ليس جهالةُ المصالَح عليه مُفسدةً للصُّلْح مطلقاً، بل محلُّه: إذا لم يكن مُستغنياً عن القبض والتَّسليم، فإنَّ جهالتَه لا تُفسدُ كما في «السِّراج الوهَّاج». وفي القُهُستانيِّ: ويكفي بيانُ قدر المصالَح عليه فحسبُ إذا كان دراهمَ أو دنانيرَ أو فُلوساً؛ لأنَّ معاملاتِ النَّاس تُغني عن بيان الصِّفة، فيقعُ على النَّقد الغالب. انتهى[1].

قال السَّائحانيُّ: ولطالما طلبتُ نفسي هذا النَّقلَ؛ لأنَّ المشهورَ أنَّه لا بُدَّ في العقود من بيان الوصف، على أنَّ العُرفَ بخلافه.

(قوله: **لا جَهَالَةُ المُصَالَحِ عَنْهُ**) أي: إذا لم يحتجْ إلى تسليمه كما مرَّ أيضاً، أشارَ إلى ذلك بقوله: (لأنَّه يسقطُ)، فإنَّه تعليلٌ لقوله: (لا جهالةُ المصالَح عنه)، أي: والسَّاقطُ لا تُفضي جهالتُه إلى المنازعة. لكن قال بعضُ الأفاضل: لا جهالةُ المصالَح عنه، إلا إذا احتِيجَ إلى تسليمه، كأن يُصالِحَه على أن يدفعَ له الحقَّ المجهولَ الذي يدَّعيه، أو يدفعَ المدَّعي البدلَ من عنده. اهـ. تأمَّلْ.

(قوله: **وَتُشْتَرَطُ القُدْرَةُ عَلَى تَسْلِيمِ البَدَلِ**) استئنافٌ واقعٌ موقع التَّعليل لقوله: (ويفسدُه جهالةُ البدل)، ولا يصحُّ عطفُه على (يسقطُ)، وحيث كان كلاماً مستأنفاً؛ استُفيدَ منه: أنَّه لا يصحُّ الصُّلحُ على عبده الآبق، وطيرِه في الهواء، وسمكِه في الماء، وجِذعِه في السَّقف، وذراعٍ من ثوبٍ تضرُّه القسمةُ، وحملِ الجارية والبهيمةِ؛ لأنَّه لا يَقدرُ على تسليمه. ومنه: جهالةُ البدل، فإنَّه لا يقدرُ على تسليم المجهول، فبذلك يصيرُ الكلامُ تعليلاً لقوله: (ويفسده جهالةُ البدل)، فبين التَّعليل والمعلَّل لفٌّ ونشرٌ مشوَّشٌ: الأوَّلُ للثَّاني والثَّاني للأوَّل.

(١) «جامع الرموز»: ص٦٣٢.

(وَمَا اسْتُحِقَّ مِنَ المُدَّعَى) أي: المصالَحِ عنه (يَرُدُّ المُدَّعِي حِصَّتَهُ مِنَ العِوَضِ) أي: البدل: إنْ كلاً فكلاً، أو بعضاً فبعضاً. (وَمَا اسْتُحِقَّ مِنَ البَدَلِ؛ يَرْجِعُ) المدَّعي (بِحِصَّتِهِ مِنَ المُدَّعَى) ....

(قوله: وَمَا اسْتُحِقَّ مِنَ المُدَّعَى... إلخ) هذا لو الصُّلحُ على ترك المدَّعى في يد المدَّعى عليه، أمَّا لو أخذَه ويدفعُ لمن في يده شيئاً صُلحاً؛ فلا يَرجعُ لو استُحقَّ؛ لأنَّه أخذَه على أنَّه ملكُه زعماً، فيؤاخذُ به، فلا يرجعُ بالشَّيء الذي دفعَه لرفع النِّزاع كما في العماديِّ.

(قوله: إنْ كُلاً فكُلاً، أَوْ بَعْضاً فَبَعْضاً) المصنِّفُ صريحٌ في البعض؛ لقوله: (حصَّته)، فلو قال المؤلِّفُ بعد المتن: وإن استُحقَّ الكلُّ ردَّ الكلَّ؛ لكان أوضحَ، وأشار بـ"إنْ" إلى أنَّها بيانيَّةٌ أو تبعيضيَّةٌ، وكلٌّ مرادٌ. فتأمَّلْ.

(قوله: بِحِصَّتِهِ مِنَ المُدَّعَى) أي: المصالَح عنه، هذا إذا كان البدلُ مما يتعيَّنُ بالتَّعيين، فإن كان مما لا يتعيَّنُ بالتَّعيين وهو من جنس المدَّعى به؛ فحينئذٍ يرجعُ بمثل ما استُحقَّ ولا يبطلُ الصُّلحُ، كما إذا ادَّعى ألفاً، فصالَحه على مائةٍ، وقبضَها؛ فإنَّه يَرجعُ عليه بمائةٍ عند استحقاقها، سواءٌ كان الصُّلحُ بعد الإقرار أو قبله، كما لو وَجدَها سَتُّوقةً أو نبهرجةً، بخلافِ ما إذا كان من غير الجنس كالدَّنانير هنا إذا استُحقَّتْ بعد الافتراق، فإنَّ الصُّلحَ يبطلُ، وإن كان قبلَه رجعَ بمثلها ولا يبطلُ الصُّلحُ كالفلوس. كذا في «حاشية الحمويِّ» نقلاً عن «البحر»[1].

وفي «المنح»: هذا إذا كان البدلُ مما يتعيَّنُ بالتَّعيين، وإن كان مما لا يتعيَّنُ كالدَّراهم والدَّنانير؛ لا يبطلُ بهلاكه؛ لأنَّهما لا يتعيَّنان في العقود والفسوخ، فلا يتعلَّقُ العقدُ بهما عند الإشارة إليهما، وإنَّما يتعلَّقُ بمثلهما في الذمَّة، فلا يُتصوَّرُ فيه الهلاكُ. اهـ. فقولُ الماتن:

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٦، «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٧٨.

كما ذكرنا؛ لأنَّه مُعاوضةٌ، وهذا حُكمُها. (وَ) حكمُه (كَإِجَارَةٍ.........

(وما استُحقَّ من البدل) محمولٌ على ما إذا أمكن استحقاقُه، وهو ما يتعيَّنُ بالتَّعيين، وأمَّا ما لا يتعيَّنُ بالتَّعيين؛ فلا يمكن استحقاقُه؛ لأنَّه يَنعقدُ الصُّلحُ على جنسه وقدرِه، لا على عينه. فتأمَّل. وفي القهستانيِّ: وللمدَّعي أن يردَّ الباقيَ ويرجعَ بكلِّ المدَّعى، كما لو استُحقَّ كلُّ العوض. وهذا إذا كان المستحقُّ لم يُجِزِ الصُّلحَ، فإن أجازَه وسلَّمَ العِوضَ للمدَّعي؛ رجعَ المستحِقُّ على المدَّعى عليه بقيمته كما في «شرح الطَّحاويِّ»[(١)].

(قوله: كَمَا ذَكَرْنَا) أي: إنْ كلّاً فكلاً، أو بعضاً فبعضاً. ح. وهذا إذا كان البدلُ يتعيَّنُ بالتَّعيين... إلى آخر ما قدَّمْناه في المقولة السَّابقة.

(قوله: لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ) مقتضى المعاوضة: أنَّه إذا استُحقَّ الثَّمنُ، فإن مثليّاً رجعَ بمثله، أو قيميّاً فبقيمته، ولا يفسدُ العقدُ، فالصُّلحُ يجري على هذا. سيدي الوالدُ[(٢)].

أقول: لكن هذا فيما يتمحَّضُ للثمنية كالدَّراهم، وأمَّا مثلُ المذكور؛ فهي من المقايضة، وحكمُها: أنَّ كلّاً من البدلين يكون ثمنا وبيعاً باعتبارَيْن، فلذا فسدَ العقدُ أي: باعتبار أنَّه مبيعٌ، وعليه فكان على الشَّارح أن يقول: لأنَّه مقايضةٌ. تأمَّلْ.

(قوله: وَحُكْمُهُ كَإِجَارَةٍ... إلخ) صورتُه: ادَّعى رجلٌ على رجلٍ شيئاً فاعترفَ به، ثمَّ صالَحَه على سُكنى داره سنةً، أو على ركوب دابَّةٍ معلومةٍ، أو على لُبسِ ثوبه، أو على خدمة عبده، أو على زراعةِ أرضه مدَّةً معلومةً؛ فهذا الصُّلحُ جائزٌ، فيكون في معنى الإجارة، فيجري فيه أحكامُ الإجارة. كذا صوَّره العينيُّ[(٣)].

(١) «جامع الرموز»: ص٦٣٣.

(٢) «رد المحتار»: ١٤/ ٣٤٢ دون قوله: (فالصلح يجري على هذا).

(٣) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٦٤.

إِنْ وَقَعَ) الصُّلحُ (عَنْ مَالٍ بِمَنْفَعَةٍ) كخدمةِ عبدٍ وسُكنى دارٍ، ....

(قوله: إِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَنْ مَالٍ بِمَنْفَعَةٍ... إلخ) قال في «الحواشي الحمويَّة»: وكذا إذا وقعَ عن منفعةٍ بمالٍ؛ اعتُبِرَ بالإجارة؛ لأنَّ العبرةَ في العقود للمعاني، فيُشترطُ فيه العلمُ بالمدَّة كخدمةِ العبد وسُكنى الدَّار، والمسافةِ كركوب الدَّابَّة، بخلاف صَبْغ الثَّوب وحملِ الطَّعام، فالشَّرطُ بيانُ تلك المنفعة. ويبطلُ الصُّلحُ بموت أحدهما في المدَّة إن عَقَدَه لنفسه، وكذا بفوات المحلِّ قبل الاستيفاء، ولو كان بعد استيفاء البعض؛ بطلَ فيما بقيَ، ويرجعُ المدَّعي بقَدْر ما لم يستوفِ من المنفعة. ولو كان الصُّلحُ على خدمةِ عبدٍ فقُتِلَ، وإن كان القاتلُ المولى؛ بَطَلَ، وإلا ضمنَ قيمَتَه واشترى بها عبداً يخدِمُه إن شاءَ، كالموصى بخدمته، بخلاف المرهون حيث يَضمنُ المولى بالإتلاف والعتق. والاعتبارُ بالإجارة قولُ محمدٍ، قال في «شرح المختلف»: وهو الأظهرُ، واعتمده المحبوبيُّ والنَّسفيُّ. وكذا بطلانُ الصُّلح بموت أحدهما في المدَّة قولُ محمدٍ، وقال أبو يوسفَ: إن مات المدَّعى عليه لا يبطلُ الصُّلحُ، وللمدَّعي أن يَستوفيَ جميعَ المنفعة من العين بعد موته كما لو كان حيّاً، وإن ماتَ المدَّعي؛ لا يبطلُ الصُّلحُ أيضاً في خدمة العبد وسُكنى الدَّار وزراعةِ الأرض، وتقومُ ورثةُ المدَّعي مقامَه في استيفاء المنفعة، ويبطلُ الصُّلحُ في ركوب الدَّابَّة ولبسِ الثَّوب؛ لأنَّه يتعيَّنُ فيه العاقدُ. ثمَّ إنَّما يُعتبرُ إجارةً عند محمدٍ إذا وقعَ على خلاف جنس المدَّعى به، فإن ادَّعى داراً، فصالَحَه على سُكناها شهراً؛ فهو استيفاءُ بعض حقِّه لا إجارةٌ، فتصحُّ إجارتُه للمدَّعى عليه كما في «البحر»(١).

وصورةُ الصُّلح عن منفعةٍ بمالٍ: ادَّعى السُّكنى لدارٍ سنةً وصيَّةً من مالكها، فأقرَّ به

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٦، «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٧٧.

(فَشُرِطَ التَّوْقِيتُ فِيهِ) إن احتِيجَ إليه، وإلا لا كصَبغِ ثوبٍ. (وَيَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا،

وارثُه، فصالَحَه على مالٍ. ذكره الحمويُّ[1]. قال بعضُ الفضلاء: إنَّما قيَّدَ بكون المصالَح عنه مالاً؛ لأنَّه لو صالَحَ عن منفعةٍ بمالٍ؛ كان الإنكارُ كالإقرار، فلو ادَّعى ممرّاً في دارٍ، أو مسيلاً على سطحٍ، أو شِرباً في نهرٍ، فأقرَّ أو أنكرَ، ثمَّ صالَحَه على شيءٍ معلومٍ؛ جازَ. والظَّاهرُ: أنَّ هذا حكمُه غير حكمِ الإجارة؛ لأنَّها لا تَجري في هذه الأشياء، فكان حكمُ الصُّلح في هذه الصحَّةَ، ولعلَّ كلامَ الشَّارح الآتي في منفعةٍ غير هذه.

(قوله: فَشُرِطَ التَّوْقِيتُ فِيهِ) أي: في الصُّلح الواقعِ عن مالٍ بمنفعةٍ.

(قوله: إِنِ احْتِيجَ إِلَيْهِ) كسُكنى دارٍ، أي: إن كانت المنفعةُ تُعلمُ بالوقت كالذي مثَّل به. قال العلَّامةُ مسكينٌ: وإنَّما يُشترطُ التَّوقيتُ في الأجير الخاصِّ، حتَّى لو تصالَحَا على خدمةِ عبده أو سُكنى داره؛ يحتاجُ إلى التَّوقيت، وفي المشتركِ لا يحتاجُ إليه، كما إذا صالَحَه على صبغِ ثوبٍ، أو ركوبِ دابَّةٍ إلى موضعِ كذا، أو حملِ طعامٍ إليه. اهـ[2].

(قوله: وَإِلَّا لَا كَصَبْغِ ثَوْبٍ) أي: مما تُعلمُ المنفعةُ فيه بالتَّسمية، وكذا ما تُعلمُ المنفعةُ فيه بالإشارة، كنقل هذا الطَّعام إلى كذا، فالمدارُ على العلم بالمنفعة كما يأتي بيانُه في كتاب الإجارة.

(قوله: وَيَبْطُلُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا) أي: إن عَقَدَه لنفسه. «بحر»[3]. وهذا عند محمد أيضاً، وقال أبو يوسفَ: إن مات المدَّعى عليه لا يبطلُ الصُّلحُ، وللمدَّعي أن يَستوفيَ جميعَ المنفعة من العين بعد موته كما قدَّمْناه.

(١) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٧٧.

(٢) «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٢٧.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٦.

وَبِهَلَاكِ المَحَلِّ فِي المُدَّةِ) وكذا لو وقعَ عن منفعةٍ بمالٍ، أو بمنفعةٍ عن جنسٍ آخرَ ......

فرعٌ: إذا أقرَّ المدَّعي في ضمن الصُّلح أنَّه لا حقَّ له في هذا الشَّيء، ثمَّ بطلَ الصُّلحُ؛ يبطلُ إقرارُه الذي في ضِمنِه، وله أن يدَّعيَه بعد ذلك، والمدَّعى عليه إذا أقرَّ عند الصُّلح بأنَّ هذا الشَّيءَ للمدَّعي، ثمَّ بطلَ الصُّلح؛ فإنَّه يَردُّ ذلك الشَّيءَ إلى المدَّعي. انتهى. وقد أوضحَه الحمويُّ في شرحه[1].

(قوله: وَبِهَلَاكِ المَحَلِّ) أي: قبل الاستيفاء، فلو قبضَ بعضَه بطلَ فيما بقيَ، فيرجعُ بقَدْره. وما ذُكرَ من البطلان بالموت والهلاك قولُ محمدٍ، وقال أبو يوسفَ: إن مات المطلوبُ لا يبطلُ الصُّلحُ، والمدَّعي يَستوفيه... إلى آخر ما قدَّمْناه.

(قوله: فِي المُدَّةِ) تنازَعَ فيه (موت) و(هلاك) على أن يكون صفةً لكلٍّ منهما، أي: لو هلكَ أحدُ المتصالِحَين عن مالٍ بمنفعةٍ في المدَّة، أو هلكَ المحلُّ الذي قامتْ به تلك المنفعةُ فيها؛ بطلَ الصُّلحُ؛ لأنَّه إجارةٌ، وهي تبطلُ بذلك إن كانت في كلِّ المدَّة، وإن كانت في بعضها؛ فبقَدْره من حين الموت والهلاك.

(قوله: وَكَذَا) يصحُّ **(لَوْ وَقَعَ)** أي: الصُّلحُ عن دعوى منفعةٍ بمالٍ وأقرَّ بها. وفيه: أنَّ المنفعةَ منفعةُ ملك المدَّعى عليه، ولا يصحُّ استئجارُ منفعة ملكه.

(قوله: أَوْ بِمَنْفَعَةٍ عَنْ جِنْسٍ آخَرَ) كخدمةِ عبدٍ في سُكنى دارٍ، بخلاف ما إذا اتَّحدَ الجنسُ، كما إذا صالَحَ عن سُكنى دارٍ على سُكنى دارٍ، أو الخدمةِ بالخدمة، والرُّكوب بالرُّكوب، فإنَّه لا يجوز بيعُ المنفعة بالمنفعة مع اتِّحاد الجنس، كما لا يجوزُ استئجارُ

(1) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦١/ ب شهيد علي باشا.

ابنُ كمالٍ. لأنَّه حكمُ الإجارة. (وَالأَخِيرَانِ) أي: الصُّلحُ بسكوتٍ أو إنكارٍ ....

المنفعة بجنسها من المنافع، فكذا الصُّلحُ. لكن صوَّرَ المسألةَ القُهُستانيُّ: بما لو أوصى بسُكنى داره لرجلٍ ثمَّ ماتَ، ثمَّ ادَّعى الموصى له السُّكنى، فصالَحَه عن هذه السُّكنى على سُكنى دارٍ أخرى أو دراهمَ مسمَّاةٍ[(١)].

فتبيَّنَ منه: أنَّ المرادَ من اختلاف جنس المنفعة: اختلافُ عينها. تأمَّلْ وراجعْ. وكان ينبغي أن يذكرَ هذه المسألةَ قبل قوله: (شرطَ التَّوقيتُ فيه).

(قوله: ابْنُ كَمَالٍ) قال في «الإيضاح»: لكن إنَّما يجوزُ بمنفعةٍ عن منفعةٍ إذا كانتا مختلفَتَي الجنس. انتهى[(٢)]. كذا إذا صالَحَه عن سُكْنى دارٍ على خدمةِ عبدٍ، بخلاف ما إذا اتَّحدَ الجنسُ، كما إذا صالَحَ عن سُكنى دارٍ على سكنى دارٍ، فإنَّه لا يجوزُ كما قدَّمْناه قريباً.

(قوله: لِأَنَّهُ) أي: انفساخَ العقد بذلك هو حكمُ الإجارة، يعني: إذا كان الصُّلحُ عن المال بالمنفعة.

(قوله: أَي: الصُّلْحُ) يشيرُ إلى تقديرِ مضافٍ في المصنِّف، وقولُه: (بسكوتٍ وإنكارٍ) الباءُ بمعنى "في"، أي: الصُّلح الواقع في سكوتٍ وإنكارٍ، والظَّرفيَّةُ مجازيَّةٌ، ولا يصلحُ جعلُها سببيَّةً؛ لأنَّ سببَ الصُّلح الدَّعوى.

(قوله: وَإِنْكَارٍ) الواو بمعنى "أو".

---

(١) «جامع الرموز»: ص٦٣٥.

(٢) «الإيضاح»: ٢/ ٢٧٣.

(مُعَاوَضَةٌ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي، وَفِدَاءُ يَمِينٍ وَقَطْعُ نِزَاعٍ فِي حَقِّ الآخَرِ) وحينئذٍ (فَلا شُفْعَةَ فِي صُلْحٍ عَنْ دَارٍ مَعَ أَحَدِهِمَا) أي: مع سكوتٍ أو إنكارٍ، لكن للشَّفيع أن يقومَ مقام المدَّعِي، فيُدلِيَ بحُجَّته، فإن كان للمدَّعي بيِّنةٌ؛ أقامَها الشَّفيعُ عليه وأخذَ الدَّارَ بالشُّفعة؛

(قوله: مُعَاوَضَةٌ فِي حَقِّ الْمُدَّعِي) لأنَّه يأخذُه عِوَضاً عن حقِّه في زعمه. «درر»[1]. فبطلَ الصُّلحُ على دراهمَ بعد دعوى دراهمَ إذا تفرَّقا قبل القبض. «بحر»[2].

(قوله: وَفِدَاءُ يَمِينٍ وَقَطْعُ نِزَاعٍ فِي حَقِّ الآخَرِ) إذ لولاهُ لبقيَ النِّزاعُ ولزمَ اليمينُ. قال الزَّيلعيُّ: وهذا في الإنكار ظاهرٌ؛ لأنَّه تبيَّنَ بالإنكار أنَّ ما يُعطيه لقطعِ الخصومة وفداء اليمين، وكذا في السُّكوت؛ لأنَّه يَحتملُ الإقرارَ والإنكارَ، وجهةُ الإنكار راجحةٌ؛ إذ الأصلُ فراغُ الذِّمَم، فلا يجبُ بالشكِّ، ولا يثبتُ به كونُ ما في يده عِوَضاً عمَّا وقع بالشكِّ[3]، أي: مع أنَّ حملَه على الإنكار أَوْلى؛ لأنَّ فيه دعوى تفريغ الذِّمَّة، وهو الأصلُ كما علمتَ.

(قوله: فَلَا شُفْعَةَ فِي صُلْحٍ عَنْ دَارٍ مَعَ أَحَدِهِمَا) يعني: إذا ادَّعى رجلٌ على آخرَ دارَه، فصالَحَ عنها بدفع شيءٍ؛ لم تجب الشُّفعةُ؛ لأنَّه يزعمُ أنَّه يَستبقي الدَّارَ المملوكةَ له على نفسه بهذا الصُّلح، ويدفعُ خصومةَ المدَّعي عن نفسه، لا أنَّه يَشتريها، وزعمُ المدَّعي لا يلزَمُه. «منح».

(قوله: فَيُدْلِي بِحُجَّتِهِ) أي: فيتوصَّلُ الشَّفيعُ بحجَّة المدَّعي إلى إثبات الدَّعوى عليه، أي: على المدَّعي المنكرِ أو السَّاكت.

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٧.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٦.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٣٣.

لأنَّ بإقامة الحجَّة تبيَّنَ أنَّ الصُّلحَ كان في معنى البيع، وكذا لو لم يكن له بيِّنةٌ، فحلفَ المدَّعى عليه، فنكلَ. «شرنبلاليَّة»[1]. (وَتَجِبُ فِي صُلْحٍ) وقعَ (عَلَيْهَا بِأَحَدِهِمَا) أو بإقرارٍ؛ لأنَّ المدَّعيَ يأخُذُها عن المال، فيُؤاخذُ بزعمه ....

(قوله: لِأَنَّ بِإِقَامَةِ البَيِّنَةِ) حذفَ اسمُ "أنَّ".

(قوله: فَحُلِّفَ) بتشديد اللَّام، أي: الشَّفيعُ المدَّعى عليه أنَّ الدَّارَ لم تكن للمدَّعي. قال في «الخانيَّة»: ادَّعَيا أرضاً في يدِ رجلٍ بالإرث من أبيهما، فجحدَ ذو اليد، فصالَحه أحدُهما على مائةٍ؛ لم يُشارِكْه الآخرُ؛ لأنَّ الصُّلحَ معاوضةٌ في زعم المدَّعي فداءُ يمينٍ في زعم المدَّعى عليه، فلم يكن مُعاوضةً من كلِّ وجهٍ، فلا يثبتُ للشَّريك حقُّ الشَّركة بالشكِّ. وفي روايةٍ عن أبي حنيفةَ: يُشارِكُه. انتهى ملخَّصاً.

أقول: لِمَ لَمْ يُؤاخذْ بزعمِه كما يأتي نظيرُه؟! ولعلَّ العلَّةَ في ذلك: أنَّه باعَ نصيبَه فقط، ولا شِركةَ لأخيه فيه، بخلاف ما لو صالَحَ المديونُ على مقدارٍ معلومٍ حيث يُشاركُه أخوه... إلخ كما هو ظاهرٌ. تأمَّلْ.

(قوله: وَتَجِبُ) أي: تجب الشُّفعةُ في دارٍ وقع الصُّلحُ عليها، بأن تكون بدلاً.

(قوله: بِأَحَدِهِمَا) أي: الإنكار أو السُّكوت.

(قوله: أَوْ بِإِقْرَارٍ) لا حاجةَ إليه؛ للاستغناء عنه بقوله: (في الصُّلح عن إقرارٍ)، فتَجري فيه الشُّفعةُ.

(قوله: عَنِ المَالِ) "أل" عِوضٌ عن الضَّمير.

(قوله: فَيُؤَاخَذُ بِزَعْمِهِ) حتَّى لو ادَّعى داراً، فأنكرَ، فصالَحه عنها عن دارٍ أخرى؛ وجبتِ

(١) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٣٩٧ (بهامش درر الحكام) عن «البدائع».

(وَمَا اسْتُحِقَّ مِنَ الْمُدَّعَى رَدَّ الْمُدَّعِي حِصَّتَهُ مِنَ الْعِوَضِ، وَرَجَعَ بِالْخُصُومَةِ فِيهِ) فيُخاصمُ المستحِقَّ؛ لخُلوِّ العِوَض عن الغرض. (وَمَا اسْتُحِقَّ مِنَ الْبَدَلِ رَجَعَ إِلَى الدَّعْوَى فِي كُلِّهِ أَوْ بَعْضِهِ) هذا إذا لم يقعِ الصُّلحُ بلفظ البيع، ....

الشُّفعةُ في التي صالَحَ عليها دون الأخرى لِمَا ذكرنا. عيني[1]. وإنكارُ الآخر المعاوضةَ لا تمنعُ وجوبَ الشُّفعة فيها، ألا ترى أنَّ رجلاً لو قال: أنا اشتريتُ هذه الدَّارَ من فلانٍ وفلانٌ يُنكرُ؛ يأخُذُها الشَّفيعُ بالشُّفعة، وكذا لو ادَّعى أنَّه باعَ دارَه من فلان وهو يُنكرُ؛ يأخُذُها الشَّفيعُ منه بالشُّفعة؛ لأنَّ زعمَه حجَّةٌ في نفسه. زيلعي[2].

(قوله: وَمَا اسْتُحِقَّ مِنَ الْمُدَّعَى) "مِنْ" فيه للتَّبعيض، فهو قاصرٌ على ما إذا استُحقَّ بعضُه.

(قوله: فِيهِ) أي: في البعض المستحَقِّ.

(قوله: لِخُلُوِّ العِوَضِ عَنِ الغَرَضِ) علَّةٌ لقوله: (رد المدَّعي حصَّته)، وذلك لأنَّ المدَّعى عليه لم يدفعِ العوضَ إلا ليدفعَ خصومتَه عن نفسه ويبقى المدَّعى في يده بلا خصومةِ أحدٍ، فإذا استُحقَّ لم يحصلْ له مقصودُه، وظهرَ أيضاً أن المدَّعيَ لم يكن له خصومةٌ، فيرجعَ عليه. انتهى «منح».

(قوله: رَجَعَ) أي: المدَّعي.

(قوله: فِي كُلِّهِ) إن استُحقَّ كلُّ العوض.

(قوله: أَوْ بَعْضِهِ) إن استُحقَّ بعضُه؛ لأنَّ المبدلَ في الصُّلح عن إنكارٍ هو الدَّعوى، فإذا استُحقَّ البدلُ ـ وهو المصالَحُ عليه ـ رجعَ بالمبدل، وهو الدَّعوى، أي: إلا إذا كان ممَّا لا

---

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٦٥.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٣٣- ٣٤.

يقبلُ النَّقضَ، فإنَّه يَرجعُ بقيمة المصالَح عليه كالقصاص والعتق والنِّكاح والخلع كما في «الأشباه» عن «الجامع الكبير»[1]. قال الحمويُّ: قولُه: "كالقصاص" فيه نظرٌ، فإنَّه ذكرَ في «الجامع الكبير»: أنَّها لو كانت الدَّعوى قِصاصاً، فصالَحَه المدَّعى عليه من غير إقرارٍ على جاريةٍ، فاستولَدَها المدَّعي، ثمَّ استُحقَّتْ، فأخذها المستحِقُّ وضمَّنَه العقرَ وقيمةَ الولد؛ فإنَّ المدَّعيَ يرجعُ إلى دعواه، فلو أقامَ البيِّنةَ أو نكلَ المدَّعى عليه؛ رجعَ بقيمةِ الولد وقيمةِ الجارية أيضاً، ولا يَرجعُ بما ادَّعاهُ، بخلاف ما تقدَّم، يعني: لو ادَّعى على رجلٍ ألفاً، فجَحدَها أو سكتَ، فصالَحَه على جاريةٍ، فقَبضَها واستولَدَها، ثمَّ استحقَّها مُستحِقٌّ، فأَخذَها؛ فإنَّه لا يرجعُ بقيمة الجارية، ويرجعُ بما ادَّعاهُ، وهو الألفُ. والفرقُ: أنَّ الصُّلحَ ثَمَّةَ وقعَ عن دعوى المال، وإنَّه يَحتملُ الفسخَ بالإقالة والردِّ بالعيب والخيار، فكذا تَنفسخُ بالاستحقاق، وإذا انفسخَ عادتِ الدَّعوى كما كانتْ، فيرجعُ بما ادَّعاه، وهو الألفُ. أمَّا الصُّلحُ عن القصاص؛ فلا يَحتملُ الفسخَ؛ لأنَّه بعد سقوطه لا يحتملُ العودَ؛ لأنَّ الصُّلحَ عفوٌ، فلا يَحتملُ النَّقضَ كالعتق والنِّكاح والخلع، فإذا لم يَنفسخْ باستحقاق الجارية؛ بقيَ الصُّلحُ على حاله، وهو السَّببُ الموجِبُ تسليمَ الجارية، وقد عجزَ عن تسليمها، فيجبُ قيمَتُها. كذا في «شرح تلخيص الجامع» للفخر الماردينيِّ[2]. ثمَّ قال: وفيه إشكالٌ، وهو أن يقال: إذا أقرَرْتُم أنَّ الصُّلحَ عن الدَّم لا يَنتقضُ باستحقاق الجارية؛ وجبَ أن لا يَرجعُ إلى دعواهُ، يعني: سواءٌ كان الصُّلحُ عن إنكارٍ أو بيِّنةٍ أو نكولٍ؛ لأنَّ الرُّجوعَ إلى الدَّعوى نتيجةُ انتقاض الصُّلح كما تقدَّم آنفاً، ولم ينتقضْ. انتهى[3].

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٢.

(٢) «شرح تلخيص الجامع الكبير لصدر الدين سليمان» للمارديني: ج٣/ ق١٩١/ آ- ب مراد ملا.

(٣) «شرح تلخيص الجامع الكبير»: ج٣/ ق١٩٢/ آ مراد ملا، «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٧٨- ٧٩.

فإنْ وقعَ به؛ رجعَ بالمدَّعى نفسِه لا بالدَّعوى؛ لأنَّ إقدامَه على المبايعةِ إقرارٌ بالملكيَّةِ. عينيٌّ[1] وغيرُه. (وَهَلَاكُ البَدَلِ) كلّاً أو بعضاً (قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَهُ) أي: للمدَّعي

قال في «البحر»: ولو استُحقَّ المصالَحُ عليه أو بعضُه؛ رجعَ إلى الدَّعوى في كلِّه أو بعضه، إلا إذا كان مما لا يتعيَّنُ بالتَّعيين وهو من جنس المدَّعى به، فيحنئذٍ يَرجعُ بمثل ما استُحقَّ ولا يبطلُ الصُّلحُ، كما إذا ادَّعى ألفاً، فصالَحه على مائةٍ وقَبضَها، فإنَّه يرجعُ عليه بمائةٍ عند استحقاقها، سواءٌ كان الصُّلحُ بعد الإقرار أو قبله، كما لو وَجدَها سَتُّوقةً أو نبهرجةً، بخلافِ ما إذا كان من غير الجنس كالدَّنانير. هذا إذا استُحقَّتْ بعد الافتراق، فإنَّ الصُّلحَ يبطلُ، وإن كان قبلَه؛ رجعَ بمثلها ولا يبطلُ الصُّلحُ كالفلوس. اهـ[2].

(قوله: فَإِنْ وَقَعَ بِهِ) أي: بلفظ البيع، بأن عبَّر بلفظِ البيع عن الصُّلح في الإنكار والسُّكوت، بأن قال أحدُهما: "بِعتُك هذا الشَّيءَ بهذا"، وقال الآخرُ: "اشتريتُ"؛ حيث يَرجعُ المدَّعي عند الاستحقاق على المدَّعى عليه بالمدَّعى نفسه، لا بالدَّعوى؛ لأنَّ إقدامَ المدَّعى عليه على المبايعة إقرارٌ منه بأنَّ المدَّعى ملكُ المدَّعي، فلا يُعتبرُ إنكارُه، بخلاف الصُّلح؛ لأنَّه لم يوجدْ منه ما يدلُّ على أنَّه أقرَّ بالملك له؛ إذ الصُّلحُ قد يقعُ لدفع الخصومة كما يأتي قريباً.

(قوله: لِأَنَّ إِقْدَامَهُ) أي: المدَّعى عليه.

(قوله: إِقْرَارٌ بِالمِلْكِيَّةِ) أي: للمدَّعي، بخلافِ الصُّلح؛ لأنَّه لم يوجدْ منه ما يدلُّ على أنَّه أقرَّ بالملك له؛ إذ الصُّلحُ قد يقعُ لدفع الخصومة.

(قوله: قَبْلَ التَّسْلِيمِ لَهُ) وأمَّا هلاكُه بعد تسليمه له؛ فيَهلكُ على المدَّعي؛ لدخوله في ضمانه.

---

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٦٥.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٦.

(كَاسْتِحْقَاقِهِ) كذلكَ (فِي الفَصْلَيْنِ) أي: مع إقرارٍ، أو سكوتٍ وإنكارٍ. وهذا لو البدلُ ممَّا يتعيَّنُ، وإلا لم يَبطلْ، بل يَرجعُ بمثله. عيني[1].

(قوله: كَاسْتِحْقَاقِهِ) أي: كاستحقاقِ بدل الصُّلح كذلك، أي: كلّاً أو بعضاً.

(قوله: فِي الفَصْلَيْنِ أَيْ: مَعَ إِقْرَارٍ أَوْ مَعَ سُكُوتٍ وَإِنْكَارٍ) فيَرجعُ بالمدَّعى أو بالدَّعوى، فإن كان عن إقرارٍ؛ رجعَ بعد الهلاك إلى المدَّعي، وإن كان عن إنكارٍ؛ رجعَ إلى الدَّعوى. وإذا هلكَ بعضُه؛ يكون كاستحقاق بعضه، حتَّى يبطلُ الصُّلحُ في قَدْره ويبقى في الباقي. «منح».

(قوله: وَهَذَا) أي: رجوعُه إلى الدَّعوى عند استحقاق البدل أو هلاكِه قبل التَّسليم.

(قوله: لَوِ البَدَلُ) أي: لو كان البدلُ مما يتعيَّنُ.

(قوله: وَإِلَّا) بأن كان لا يتعيَّنُ وهو من جنس المدَّعى به.

(قوله: لَمْ يَبْطُلْ) أي: الصُّلحُ.

(قوله: بَلْ يَرْجِعُ بِمِثْلِهِ) كأن كان دراهمَ أو دنانيرَ، فإنَّ الصُّلحَ لا يبطلُ بهلاكه؛ لأنَّهما لا يتعيَّنان في العقود والفسوخ، فلا يتعلَّقُ بهما العقدُ عند الإشارة إليهما، وإنَّما يتعلَّقُ بمثلهما في الذِّمَّة، فلا يتُصوَّرُ فيه الهلاكُ. والحاصلُ: أنَّه إذا ادَّعى عليه ألفاً، فصالَحه على مائةٍ وقَبضَها؛ فإنَّه يَرجعُ عليه بالمائة عند استحقاقها، سواءٌ كان الصُّلحُ قبل الافتراق أو بعده، بخلافِ ما إذا كان من غير الجنس كالدَّنانير هنا إذا استُحقَّتْ بعد الافتراق، فإنَّ الصُّلحَ يبطلُ، وإن كان قبلَه؛ فإنَّه يَرجعُ لمثلها[2]، ولا يبطلُ الصُّلحُ كالفلوس كما قدَّمْنا.

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٦٥.

(٢) كذا في بولاق، وفي «البحر» وتقدم غير مرة: (بمثلها)، وهو الصوابُ.

(صَالَحَ عَنْ) كذا نُسخُ المتن والشَّرْح، وصوابُه: "على" (بَعْضِ مَا يَدَّعِيهِ) أي: عينٍ يدَّعِيها؛ لجوازِه في الدَّيْن كما سيجيء، فلو ادَّعى عليه داراً، فصالَحه على بيتٍ معلومٍ منها، فلو من غيرها؛ صحَّ. قهستاني[1] (لَمْ يَصِحَّ) ....

(قوله: كَذَا فِي نُسَخِ المَتْنِ وَالشَّرْحِ) لعلَّه هو الذي وقعَ له، والذي في نسخة الشَّرح التي بيدي: (على).

(قوله: أَيْ: عَيْنٍ يَدَّعِيهَا) تفسيرٌ لـ"ما" وتخصيصٌ لعمومها، فإنَّها تشملُ الدَّينَ. حلبي. وهذا لو قائماً، ويأتي حكمُ ما إذا كان هالكاً عند قول المتن: (والصُّلح عن المغصوب الهالك).

(قوله: لِجَوَازِهِ فِي الدَّيْنِ) لجواز إسقاطه، وهو علَّةٌ للتَّخصيص المذكور، أي: إنَّما كان هذا الحكمُ خاصّاً بالعين لجوازه في الدَّين؛ لأنَّ الصُّلحَ عن دَيْنٍ ببعضه أخذٌ لبعض حقِّه وإسقاطٌ للباقي كما يأتي، وإسقاطُ الدَّين جائزٌ، وإنَّما لم يَجُزْ في العين؛ لأنَّ الإبراءَ عن الأعيان لا يصحُّ، ولذا لو زادَ على البعض ثوباً أو درهماً صحَّ؛ لأنَّه يجعلُ الثَّوبَ أو الدِّرهمَ بدلاً عن الباقي، وكذا لو أبرأهُ عن الدَّعوى في باقيها يصحُّ، فلو صالَحه على بيتٍ منها على أن يَتركَ الدَّعوى في باقيها؛ كان أخذُ البعض حقَّه وإبراءً عن الدَّعوى في الباقي، والإبراءُ عن الدَّعوى صحيحٌ، فليس له أن يدَّعيَ بعد ذلك، ولكن لا يملِكُها ديانةً؛ لعدم وجود التَّمليك لها لفقد سببه.

(قوله: فَلَوِ ادَّعَى عَلَيْهِ دَاراً) تفريعٌ على المتن وتمثيلٌ له. ح. (قوله: عَلَى بَيْتٍ مَعْلُومٍ مِنْهَا) الظَّاهرُ: أنَّه كان على بعضٍ شائعٍ منها كذلك للعلَّة المذكورة.

(قوله: فَلَوْ مِنْ غَيْرِهَا صَحَّ) الأَوْلى تأخيرُه عن قوله: (لم يصحَّ) وعلَّتِه؛ ليكون مفهوماً

---

(١) «جامع الرموز»: ص٦٣٤.

لأنَّ ما قَبَضَه من عينِ حقِّه وإبراءٌ عن الباقي، والإبراءُ عن الأعيان باطلٌ. قهستاني[1].
وحيلةُ صحَّتِه ما ذكره بقوله: (إِلَّا بِزِيَادَةِ شَيْءٍ) آخرَ كثوبٍ ودرهمٍ (فِي البَدَلِ) فيَصيرُ ذلك عِوَضاً عن حقِّه فيما بقيَ، (أَوْ) يُلحقُ به (الإِبْرَاءُ عَنْ دَعْوَى البَاقِي) لكنَّ ظاهرَ الرِّواية

للتَّقييد بقوله: (منها)، وليَسلمَ من الفصل بين "لو" وجوابها ـ وهو قوله: (لم يصحَّ) ـ بأجنبيٍّ، وهو قولُه: (فلو من غيرها صحَّ).

(قوله: لِأَنَّ مَا قَبَضَهُ مِنْ عَيْنِ حَقِّهِ) أي: بعضُ عين حقِّه، وهو على دعواهُ في الباقي؛ لأنَّ الصُّلحَ إذا كان على بعضِ عين المدَّعى كان استيفاءً لبعض الحقِّ وإسقاطاً للبعض، والإسقاطُ لا يَرِدُ على العين، بل هو مخصوصٌ بالدَّين، حتَّى إذا ماتَ واحدٌ وتركَ ميراثاً، فأبرأَ بعض الورثة عن نصيبه؛ لم يجزْ لكون براءتِه عن الأعيان. «درر»[2]. ويأتي قريباً بأوضحَ مما هنا.

(قوله: كَثَوْبٍ وَدِرْهَمٍ) أشارَ بذلك إلى أنَّه لا فرقَ بين القيميِّ والمثليِّ.

(قوله: فَيَصِيرُ ذَلِكَ) أي: المزيدُ من الثَّوب والدِّرهم. (قوله: عِوَضاً عَنْ حَقِّهِ فِيمَا بَقِيَ) أي: فيكون مُستوفياً بعضَ حقِّه وآخذاً لعوضٍ عن البعض.

(قوله: أَوْ يُلْحَقَ) منصوبٌ بـ"أنْ" مضمرةً، مثلُ: ﴿أَوْ يُرْسِلَ﴾[الشورى: ٥١]، فيكون مؤوَّلاً بمصدرٍ مجرورٍ معطوفٍ على مجرور الباء، وهو بضمِّ الياء من الإفعال.

(قوله: عَنْ دَعْوَى البَاقِي) لأنَّ الإبراءَ عن عينه غيرُ صحيحٍ، أي: في حقِّ الدَّعوى وسقوطِ العين ديانةً كما في «المبسوط»، ولذا قيَّد به. وأمَّا الإبراءُ عن دعوى العين؛ فجائزٌ

---

(١) «جامع الرموز»: ص٦٣٤.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٨.

كما في «الدُّرَر»[1]، وهو أن يقولَ: "برئتَ عنها"، أو "عن خصومتي فيها"، أو "عن دعوايَ هذه الدَّارَ"، فلا تُسمعُ دعواهُ ولا بيِّنتُه. وأمَّا لو قال: "أبرأتُكَ عنها" أو "عن خصومتي فيها"؛ فإنَّه باطلٌ، وله أن يُخاصمَ أي: غيرَ المخاطَب، كما لو قال لمن بيده عبدٌ: "برئت منه"، فإنَّه يَبرأُ، ولو قال: "أبرأتُكَ"؛ لا؛ لأنَّه إنَّما أبرأهُ عن ضمانه كما في «الأشباه» من أحكام الدَّين[2].

قلتُ: ففرَّقوا بين "أبرأتُكَ" و"برئت" أو "أنا بريءٌ"؛ لإضافة البراءة لنفسه، فتعمُّ، بخلاف "أبرأتُك"؛ لأنَّه خطابُ الواحد، فله مخاصمةُ غيره كما في حاشيتها معزيّاً «للولولجيَّة». «شرح الملتقى»[3]. وفي «البحر»: الإبراءُ إن كان على وجه الإنشاء كـ"أبرأتُكَ"، فإن كان عن العينِ؛ بطلَ من حيث الدَّعوى، فله الدَّعوى بها على المخاطَبِ وغيره، ويصحُّ من حيث نفي الضَّمان، وإن كان عن دعواها، فإن أضافَ الإبراءَ إلى المخاطب كـ"أبرأتُكَ عن هذه الدَّار"، أو "عن خصومتي فيها"، أو "عن دعوايَ فيها"؛ لا تسمعُ دعواهُ على المخاطب فقط، وإن أضافَه إلى نفسه كقوله: "برئتُ عنها" أو "أنا بريءٌ"؛ فلا تُسمعُ مطلقاً. هذا لو على طريق الخصوص أي: عين مخصوصة، فلو على العموم؛ فله الدَّعوى على المخاطب وغيره، كما لو تبارأَ الزَّوجانِ عن جميع الدَّعاوى وله أعيانٌ قائمةٌ؛ له الدَّعوى بها؛ لأنَّه يَنصرفُ إلى الدُّيون لا الأعيان. وأمَّا إذا كان على وجه الإخبار كقوله: "هي بريءٌ ممَّا لي قِبَلَه"؛ فهو صحيحٌ متناولٌ للدَّيْن والعين، فلا تُسمعُ الدَّعوى، وكذا: "لا مِلكَ لي في هذا العين". ذكره في «المبسوط» و«المحيط». فعُلمَ أنَّ قولَه: "لا أستحقُّ قِبَلَه

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٨.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٣٠٧.

(٣) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣١١ (بهامش مجمع الأنهر).

الصِّحَّةُ مطلقـاً. «شرنبلالية»[1]. ومشى عليه في «الاختيار»، ....

حقّـاً مطلقـاً ولا دعوى" يمنعُ الدَّعوى بالعين والدَّين؛ لِمَا في «المبسوط»: "لا حَقَّ لي قِبَلَه" يَشملُ كلَّ عينٍ ودينٍ[2]، فلو ادَّعى حقّاً لم يُسمعْ ما لم يَشهدوا أنَّه بعد البراءة. اهـ ما في «البحر» ملخَّصاً[3]. وقولُه: "بعد البراءة" يفيدُ أنَّ قولَه: "لا حقَّ لي" إبراءٌ عامٌّ، لا إقرارٌ.

(قوله: الصِّحَّةُ مُطْلَقاً) ولو من غير هذه الحيلة، فلا تصحُّ الدَّعوى بعده وإن برهَنَ.

أقول: الإبراءُ عن الأعيان لا يصحُّ اتِّفاقاً، أمَّا في خصوص المسألة، وهو ما إذا ادَّعى داراً وصالَحَه على بيتٍ منها؛ يصحُّ في ظاهر الرِّواية، ويُجعلُ كأنَّه قِبلَ منه بعضَ حقِّه وأبرأَهُ عن الدَّعوى في باقيه كما قدَّمْنا؛ لأنَّ الإبراءَ عن العين إبراءٌ عن الدَّعوى فيه، والإبراءُ عن الدَّعوى في الأعيان صحيحٌ. وعلى ما في المتن ـ وهو روايةُ ابن سماعةَ ـ لم يجعَلْه إبراءً عن الدَّعوى، وقال بعدم صحَّته. قال في «الاختيار»: ولو ادَّعى داراً، فصالَحَه على قدرٍ معلومٍ منها؛ جاز، ويَصيرُ كأنَّه أخذَ بعضَ حقِّه وأبرأَهُ عن دعوى الباقي، والبراءةُ عن العين وإن لم تصحَّ، لكنَّ البراءةَ عن الدَّعوى تصحُّ، فصحَّحْناه على هذا الوجه قطعاً للمنازعة. اهـ[4]. وفي «الذخيرة البرهانيَّة»: ادَّعى داراً في يدِ رجلٍ، واصطَلَحا على بيتٍ معلومٍ من الدَّار؛ فهو على وجهينِ: إن وقع الصُّلحُ على بيتٍ معلومٍ من دارٍ أخرى للمدَّعى عليه؛ فهو جائزٌ، وإن وقعَ الصُّلحُ على بيتٍ معلومٍ من الدَّار التي وقعتْ فيها الدَّعوى؛ فذلك الصُّلحُ جائزٌ؛ لأنَّه في زعم المدَّعي أنَّه أخذَ بعضَ حقِّه وتركَ البعضَ، وفي زعم المدَّعى

---

(١) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٣٩٨ (بهامش درر الحكام).

(٢) «المبسوط» للسرخسي: ١٨/ ١٦٤.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦١- ٢٦٢.

(٤) «الاختيار»: ٣/ ٦.

عليه أنَّه فداءٌ عن يمينه. وإذا جازَ هذا الصُّلحُ: هل يُسمعُ دعوى المدَّعى بعد ذلك؟ وهل تُقبلُ إنْ كان البيتُ من دارٍ أخرى؟ لا تسمعُ دعواهُ باتِّفاق الرِّوايات؛ لأنَّ هذا معاوضةٌ باعتبار جانب المدَّعي، فكأنَّه باعَ ما ادَّعى بما أخذَ، وفيما إذا وقعَ الصُّلحُ على بيتٍ من هذه الدَّار ذكر شيخُ الإسلام نجمُ الدِّين النَّسفيُّ في «شرح الكافي»: أنَّه تُسمعُ، وهكذا يُفتي الشَّيخُ الإمامُ الأجلُّ ظهيرُ الدِّين المرغينانيُّ. وذكر شيخُ الإسلام في شرحه: أنَّه لا تُسمعُ دعواهُ. وروى ابنُ سماعةَ عن محمدٍ: أنَّه تُسمعُ. قالوا: وهكذا ذكرَ في بعض روايات الصُّلح، واتَّفقتِ الرِّواياتُ أنَّ المدَّعى عليه لو أقرَّ بالدَّار للمدَّعي أنَّه يُؤمرُ بتسليم الدَّار إليه، وفي روايةِ ابن سماعةَ: إنَّ المدَّعي بهذا الصُّلح استوفى بعضَ حقِّه وأبرأَ عن الباقي، إلا أنَّ الإبراءَ لاقى عيناً، والإبراءُ عن الأعيان باطلٌ، فصارَ وجودُه وعدمُه بمنزلة شيءٍ واحدٍ.

وجهُ ظاهر الرِّواية: أنَّ الإبراءَ لاقى عيناً ودعوى، فإنَّ المدَّعيَ كان يدَّعي جميعَ الدَّار لنفسه، والإبراءُ عن الدَّار صحيحٌ وإن كان الإبراءُ عن العين لا يصحُّ، فإنَّ من قال لغيره: "أبرأتُكَ عن دعوى هذا العين"؛ صحَّ الإبراءُ، حتَّى لو ادَّعى بعد ذلك فلا تُسمعُ. أو نقول: الإبراءُ لاقى الدَّعوى، فإنَّ قولَه: "أبرأتُكَ عن هذه العين" معناهُ: أبرأتُكَ عن دعوى هذه العين، ألا ترى أنَّ قولَ المغصوب منه للغاصب: "أبرأتُكَ عن العبد المغصوب" معناهُ: أبرأتُكَ عن ضمان العبد المغصوب؟! وبهذه المسألةِ تبيَّنَ أنَّ معنى قولنا: البراءةُ عن الأعيان لا تصحُّ: أنَّ العينَ لا تصيرُ ملكاً للمدَّعى عليه بالإبراء، لا أن يبقى المدَّعي على دعواهُ. وفي آخر كتاب الدَّعوى في «منتقى ابن سماعة» عن محمدٍ في رجلٍ خاصَمَ رجلاً

وعزاهُ في «العزميَّة» «للبزازية» وفي «الجلاليَّة» لشيخ الإسلام، وجعلَ ما في المتن روايةَ

في دارٍ يدَّعيها، ثمَّ قال: "أبرأتُكَ عن هذه الدَّار"، أو قال: "أبرأتُكَ عن خصومتي"، هذا كلُّه باطلٌ وله أن يُخاصمَ، ولو قال: "برئتُ من هذه الدَّار"، أو قال: "برئتُ من دعوى هذه الدَّار"؛ كان جائزاً ولا حقَّ فيها، ولو جاءَ ببيِّنةٍ لم أقبَلْها. وفي «منتقى إبراهيم بن رستم» عن محمدٍ: رجلٌ ادَّعى داراً في يدِ رجلٍ، فصالَحَه المدَّعى عليه على نصفها وقال: "برئتُ من دعواي في النِّصف الباقي"، أو قال: "برئتُ من النِّصف الباقي"، أو قال: "لا حَقَّ لي في النِّصف الباقي"، ثمَّ أقامَ البيِّنةُ على جميع الدَّار؛ لا تُقبلُ بيِّنتُه. ولو قال: "صالَحْتُك على نصفها على أنِّي أبرأتُكَ من دعوايَ في النِّصف الآخر"، ثمَّ أقامَ بيِّنةً؛ كان له أن يأخذَ الدَّارَ كلَّها. وفرقٌ بين قوله: "برئتُ" وبين قوله: "أبرأتُكَ"، قال: ألا ترى أنَّ عبداً في يدِ رجلٍ لو قال لرجلٍ: "برئتُ منه"؛ كان بريئاً منه، ولو قال: "أبرأتُكَ منه"؛ كان له أن يدَّعيَه، وربَّما أبرأهُ من ضمانه. قال: وقال أصحابُنا رحمهم الله تعالى: "أنت منِّي بريءٌ وأنا منك بريءٌ"؛ كان له أن يدَّعيَ في العبد. اهـ[1].

(قوله: فِي «العَزْمِيَّةِ») ووجهُه ـ كما في الحمويِّ ـ أنَّ الإبراءَ لاقى عيناً ودعوى، والإبراءُ عن الدَّعوى صحيحٌ، فإنَّ من قال لغيره: أبرأتُكَ عن دعوى هذه العين؛ صحَّ، ولو ادَّعاهُ بعدُ؛ لم تُسمعْ[2].

(قوله: «لِلْبَزَّازِيَّةِ») عبارَتُها: وهذا هو المذكورُ في أكثر الفتاوى على اختلافِ ظاهرُ الرِّواية، وفي ظاهر الرِّواية: يصحُّ ولا تصحُّ الدَّعوى وإن برهَنَ[3].

(١) «الذخيرة البرهانية»: ١١/ ٢٠٥- ٢٠٧.

(٢) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦٢/ ب شهيد علي باشا.

(٣) «الفتاوى البزازية»: كتاب الدعوى: ٢/ ٣٥.

ابنِ سماعةَ، وقولُهم: "الإبراءُ عن الأعيان باطلٌ" معناهُ: بطلَ الإبراءُ عن دعوى الأعيان، ولم يَصِرْ ملكاً للمدَّعى عليه، ولذا لو ظَفَرَ بتلك الأعيان حَلَّ له أخذُها، لكن لا تُسمعُ دعواهُ في الحكم، وأمَّا الصُّلحُ على بعضِ الدَّين؛ فيَصحُّ، ويَبرأُ عن دعوى الباقي، ....

(قوله: وَقَوْلُهُمْ) جوابُ سؤالٍ واردٍ على ظاهر الرِّواية، تقديرُه: كيف صحَّ الصُّلحُ على بعض العين المدَّعاة مطلقاً مع أنَّه يلزمُ منه البراءةُ عن باقيها، وقد قالوا: الإبراءُ عن الأعيان باطلٌ؟! ومقتضاهُ: أنَّه لا يصحُّ. أفاده الطَّحطاويُّ[1].

لكن ما ذكره واردٌ على كلام الماتن، لا على ظاهر الرِّواية؛ إذ لا تعرُّضَ للإبراء فيها، وما تضمَّنَه الصُّلحُ إسقاطٌ للباقي لا إبراءٌ. فافهمْ وتأمَّلْ.

(قوله: عَنْ دَعْوَى الأَعْيَانِ) الأنسبُ هنا حذفُ قوله: (دعوى) كما يظهرُ مما تقدَّم من عبارة «الذَّخيرة»، وهو المناسبُ لسياق كلامه، ولِمَا يأتي من الاستدراك الآتي في قوله: (لكن تسمعُ دعواه في الحكم)؛ إذ لو بطلَ الإبراءُ عن الدَّعوى لسُمعتْ دعواهُ، ولأنَّ الفقهَ صحَّةُ البراءة عن دعوى الأعيان كما مرَّ بلا خلافٍ فيها. ولو قال: (الإبراءُ عن الأعيان باطلٌ ديانةً لا قضاءً)؛ لكان أحكمَ. واللهُ تعالى أعلمُ.

(قوله: وَلَمْ يَصِرْ مِلْكاً لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ) هو المقصودُ من المقام، أي: إنَّ معنى بطلان البراءة عن الأعيان: أنَّها لا تصيرُ ملكاً للمبرَأ منها، فحلَّ للمدَّعي أخذُها إن وَجدَها، وليس معنى البطلان المذكور: أنَّه يَسوغُ له الدَّعوى بها بعد الإبراء منها. أبو السُّعود.

(قوله: وَأَمَّا الصُّلْحُ عَلَى بَعْضِ الدَّيْنِ) مفهومُ قوله سابقاً: (أي: عين يدَّعيها). قال

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٣.

أي: قضاءً لا ديانةً، فلذا لو ظَفِرَ به أَخذَه. قهستاني[1] ....

المقدسيُّ معزيًّا «للمحيط»: له ألفٌ، فأنكرَه المطلوبُ، فصالَحَه على ثلاثمائةٍ من الألف؛ صحَّ ويبرأُ عن الباقي قضاءً لا ديانةً. ولو قضاهُ الألفَ، فأنكرَ الطَّالبُ، فصالَحَه بمائةٍ؛ صحَّ ولا يحلُّ له أخذُها ديانةً[2].

فيُؤخذُ من هنا ومن أنَّ الرِّبا لا يصحُّ الإبراءُ عنه ما بقيتْ عينُه: عدمُ صحَّة براءةِ قضاة زماننا ممَّا يأخذونه ويطلبونَ الإبراءَ، فيُبرئونهم، بل ما أخذَه من الرِّبا أَعرقُ[3] بجامع عدم الحِلِّ في كلٍّ.

واعلم أنَّ عدمَ براءته في الصُّلح استثنى منه في «الخانيَّة»: ما لو زادَ: "أبرأْتُكَ عن البقيَّة"[4]. سائحاني. أي: حيث يبرأُ حينئذٍ قضاءً وديانةً.

قلتُ: ويظهرُ من هذا: أنَّ ما تضمَّنَه الصُّلحُ من الإسقاط ليس إبراءً من كلِّ وجهٍ، وإلا لم يحتجْ لقوله: "وأبرأْتُكَ عن البقيَّة".

(قوله: أَيْ: قَضَاءً لا دِيَانَةً) هذا إذا لم يُبرئِ الغريمَ من الباقي، وإلا بَرئَ ديانةً كما علمتَ.

أقول: تأمَّل فيه مع أنَّهم قالوا: إنَّ الصُّلحَ عن الدَّين على بعضه أخذٌ لبعض حقِّه وإسقاطٌ للباقي، وإسقاطُ الدَّين يصحُّ. فالذي يظهرُ: أنَّه يسقطُ قضاءً وديانةً، ولو تَمَّ ما ذكره هنا؛ لم يبقَ فرقٌ بين الدَّين والعين على ظاهر الرِّواية. تأمَّلْ.

---

(١) «جامع الرموز»: ص٦٣٤.

(٢) «المحيط الرضوي»: ٨/ ٧.

(٣) في هامش بولاق: (قوله: أعرق بالقاف، أي: أشدُّ حالاً في التحريم من الربا. اهـ منه).

(٤) «الفتاوى الخانية»: ٣/ ٤٩٦.

وتمامُه في أحكام الدَّيْن من «الأشباه»، ....

(قوله: وَتَمَامُهُ فِي أَحْكَامِ الدَّيْنِ مِنَ «الأَشْبَاهِ») وعبارَتُها: ومنها: صحَّةُ الإبراء عن الدَّين، ولا يصحُّ الإبراءُ عن الأعيان، والإبراءُ عن دعواها صحيحٌ، فلو قال: "أبرأتُكَ عن دعوى هذا العين"؛ صحَّ الإبراءُ، فلا تُسمعُ دعواه بها بعدهُ، ولو قال: "برئت من هذه الدَّار"، أو "من دعوى هذه"؛ لم تُسمعْ دعواه وبيِّنتُه، ولو قال: "أبرأتُكَ عنها" أو "عن خصومتي فيها"؛ فهو باطلٌ وله أن يُخاصمَ، وإنَّما أبرأَهُ عن ضمانه. كذا في «النِّهاية» من الصُّلح[1]. وفي «كافي الحاكم»: "لا حقَّ لي قِبَلَه"؛ يبرأُ من الدَّين والعين والكفالةِ والإجارة والحدود والقصاص. اهـ.

وبه عُلِمَ أنَّه يبرأُ من الأعيان في الإبراء العامِّ، لكن في مداينات «القنية»: افترقَ الزَّوجانِ وأبرأَ كلُّ واحدٍ منهما صاحبَه عن جميع الدَّعاوى، وكان للزَّوج بذرٌ في أرضها وأعيانٌ قائمةٌ؛ فالحصادُ والأعيانُ القائمةُ لا تدخلُ في الإبراء عن جميع الدَّعاوى. اهـ. ويدخلُ في الإبراء العامِّ الشُّفعةُ، فهو مُسقطٌ لها قضاءً لا ديانةً إن لم يقصِدْها. كذا في «الولوالجيَّة». وفي «الخانية»: الإبراءُ عن العين المغصوبة إبراءٌ عن ضمانها، وتصيرُ أمانةً في يد الغاصب. وقال زُفَر: لا يصحُّ الإبراءُ وتبقى مضمونةً. ولو كانت العينُ مستهلكةً؛ صحَّ الإبراءُ، وبرئَ من قيمتها. اهـ. فقولُهم حينئذٍ: "الإبراءُ عن الأعيان باطلٌ" معناهُ: أنَّها لا تكون ملكاً له بالإبراء، وإلا فالإبراءُ عنها لسقوطِ ضمانها صحيحٌ، أو يُحمل على الأمانة. اهـ[2]. أي: إنَّ البطلان عن الأعيانَ محلُّه: إذا كانت الأعيانُ أمانةً؛ لأنَّها إذا كانت أمانةً لا تلحَقُه عُهدَتُها، فلا وجهَ للإبراء عنها. تأمَّلْ.

---

(١) «النهاية»: ص٢٠٨-٢٠٩ (ت: العتيبي).

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٣٠٧.

وقد حقَّقْتُه في «شرح الملتقى».

وحاصلُه: أنَّ الإبراءَ المتعلِّقَ بالأعيان: إمَّا أن يكون عن دعواها، وهو صحيحٌ مطلقاً، وإن تعلَّقَ بنفسها، فإن كان مغصوبةً هالكةً؛ صحَّ أيضاً كالدَّين، وإن كانت قائمةً؛ فهي بمعنى البراءة عنها عن ضمانها[1] لو هلكتْ، وتصيرُ بعد البراءة من عينها كالأمانة لا تُضمنُ إلا بالتَّعدِّي عليها. وإن كانت العينُ أمانةً؛ فالبراءةُ لا تصحُّ ديانةً، بمعنى: أنَّه إذا ظَفِرَ بها مالِكُها أخَذَها، وتصحُّ قضاءً، فلا يسمعُ القاضي دعواهُ بعد البراءة. هذا ملخَّصُ ما استُفيدَ من هذا المقام. ط[2]. وقدَّمْنا قريباً زبدتَه وزيادةً، وهو كلامٌ حَسَنٌ يُرشِدُك إلى أنَّ قولَ الشَّارح: (معناه... إلخ) محمولٌ على الأمانة، إلا أنَّ قولَه: (فتصحُّ قضاءً) فيه: أنَّه باطلٌ والحالةُ هذه، فلا تصحُّ لا قضاءً ولا ديانةً، بل حملوا إطلاقَ قولهم: البراءةُ عن الأعيان باطلةً على هذه الصُّورة. تأمَّلْ.

بقيَ: لو ادَّعى عيناً عليه في يده، فأنكره، ثمَّ أبرأه المدَّعي عنها؛ فهو بمنزلة دعوى الغصب؛ لأنَّه بالإنكار صار غاصباً. وهل تُسمعُ الدَّعوى بعده لو قائمةً؟ الظَّاهرُ: نعم.

(قوله: وَقَدْ حَقَّقْتُهُ فِي «شَرْحِ المُلْتَقَى») نصُّه: قلتُ: وقولُهم: "الإبراءُ عن الأعيان لا يصحُّ" معناهُ: أنَّ العينَ لا تصيرُ ملكاً للمدَّعى عليه، لا أنَّه يبقى على دعواهُ، بل تسقطُ في الحكم إذا كان الإبراءُ مضافاً للمتكلم، كالصُّلح عن بعض الدَّين، فإنَّه إنَّما يبرأُ عن باقيه في الحكم لا في الدِّيانة، أي: عن غير ما في غير الذمَّة؛ إذ لا يَسقطُ بالإسقاط، أمَّا القائمُ بها؛ فيسقطُ به، والصُّلحُ إمَّا إسقاطٌ للباقي أو إبراءٌ عنه، وكلاهما صحيحٌ في دَيْن الذمَّة،

(١) في الطحطاوي: (فمعنى البراءة عنها البراءة عن ضمانها).

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٣.

(وَصَحَّ) الصُّلحُ (عَنْ دَعْوَى المَالِ مُطْلَقاً) ....

ولذا لو ظَفَرَ به أَخذَه. قهستاني وبُرجُندي وغيرهما[1]. وأمَّا الإبراءُ عن دعوى الأعيان؛ فصحيحٌ بلا خلافٍ[2]. اهـ ح. لكنَّ قولَه: "لأنَّه يبقى على دعواهُ... إلخ" مخالفٌ لِمَا نقلناه عن «شرح الملتقى» آنفاً عند قوله: (عن دعوى الباقي). وفي «الخلاصة»: "أبرأْتُكَ عن هذه الدَّار"، أو "عن خصومتي فيها"، أو "عن دعوايَ فيها"؛ فهذا كلُّه باطلٌ، حتَّى لو ادَّعى بعده تُسمعُ، ولو أقامَ بيِّنةً تُقبلُ. اهـ. لكنْ في قوله: "لو ادَّعى بعده تُسمعُ" أي: على غير المخاطب كما مرَّ عن «البحر». تأمَّلْ. والحاصلُ: أنَّ الذي تُعطيه عبارةُ الكتب المشهورة: إن كان الإبراءُ عنها على وجهِ الإنشاء: فإمَّا أن يكون عن نفس العين أو عن الدَّعوى بها، فإن كان عن نفس العين؛ فهو باطلٌ من جهة أنَّ له الدَّعوى بها على المخاطَبِ وغيره، صحيحٌ من جهة الإبراء عن وصف الضَّمان، فالإبراءُ الصَّادرُ في المنقول والعقار إبراءٌ عن الأعيان لا يمنعُ الدَّعوى بأدواتها على المخاطب ولا غيره. فافهمْ تغنمْ.

(قوله: وَصَحَّ الصُّلْحُ عَنْ دَعْوَى المَالِ) لأنَّه في معنى البيع، فما جازَ بيعُه جازَ صُلحُه. «درر»[3]. ولَمَّا كان جوازُ الصُّلح وعدمُ جوازه دائراً على أصلٍ، وهو وجوبُ حملِ الصُّلح على أقربِ عقدٍ من العقود المعهودة وأشباهها مهما أمكنَ؛ صحَّ هذا الصُّلحُ؛ لأنَّه محمولٌ على عقد البيع؛ لاشتراكهما في مبادلة المال بالمال، وهي حقيقةُ البيع، وصحَّ عن دعوى المنفعة حملاً على الإجارة، وعن دعوى الرِّقِّ حملاً على العتق بمالٍ؛ لاشتراكهما في تمليك المنفعة بعِوَضٍ في الأوَّل، وفي أصلِ المعنى في الثَّاني، فيُراعى في الملحَقِ ما يُراعى في الملحَقِ به مهما أمكنَ. وذكرُ فسادِ صلح الزَّوج عن دعوى المرأة النِّكاحَ، وفسادُ

---

(١) «جامع الرموز»: ص٦٣٤.

(٢) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣١٠ (بهامش مجمع الأنهر).

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٨.

ولو بإقرارٍ أو بمنفعةٍ، (وَ) عن دعوى (المَنْفَعَةِ) ولو بمنفعةٍ عن جنسٍ آخرَ، ....

صلحٍ عن دعوى حدٍّ... إلخ بناءً على هذا الأصل أيضاً؛ لأنَّه لَمَّا لم يُمكن الحملُ على واحدٍ من العقود المعهودة، ولم يكن مصحِّحٌ آخرُ في كلٍّ منها؛ حُكمَ بفساده. تدبَّرْ.

(قوله: وَلَوْ بِإِقْرَارٍ) بيانٌ لوجه الإطلاق، أي: سواءٌ كان بإقرارٍ أو سكوتٍ أو إنكارٍ، وسواءٌ كان بمالٍ أو بمنفعةٍ.

(قوله: أَوْ بِمَنْفَعَةٍ) أي: ولو بمنفعةٍ، ويكون بمعنى الإجارة إذا كان عن إقرارٍ.

(قوله: وَعَنْ دَعْوَى المَنْفَعَةِ) صورتُه: أن يدَّعيَ على الورثة أنَّ الميتَ أوصى بخدمةِ هذا العبد، وأنكرَ الورثةُ؛ لأنَّ الرِّوايةَ محفوظةٌ على أنَّه لو ادَّعى استئجارَ عينٍ والمالكُ ينكرُ، ثمَّ صالَحَ؛ لم يجزْ. اهـ. وفي «الأشباه»: الصُّلحُ جائزٌ عن دعوى المنافع، إلا دعوى إجارةٍ كما في «المستصفى»[1]. اهـ رملي[2]. وهذا مخالفٌ لِمَا في «البحر». تأمَّلْ.

(قوله: وَلَوْ بِمَنْفَعَةٍ عَنْ جِنْسٍ آخَرَ) الأَوْلى التَّعبيرُ بـ"مِنْ"، كالصُّلح عن السُّكنى على خدمة العبد، بخلاف الصُّلح عن السُّكنى على سُكنى، فلا يجوز كما في العينيِّ والزَّيلعيِّ[3]. قال السيِّدُ الحمويُّ: لكن في «الولوالجيَّة» ما يخالفُه، حيث قال: وإذا ادَّعى سُكنى دارٍ، فصالَحَه على سُكنى دارٍ أخرى مدَّةً معلومةً؛ جازَ، وإجارةُ السُّكنى بالسُّكنى لا تجوزُ. قال: وإنَّما كان كذلك؛ لأنَّهما يَنعقدانِ تمليكاً بتمليكٍ[4]. اهـ[5] أبو السُّعود[6]. وذكره ابنُ

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٢.

(٢) «مظهر الحقائق»: ق٢٨٨/آ الأزهرية.

(٣) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٦٥، «تبيين الحقائق»: ٥/ ٣٥.

(٤) «الفتاوى الولوالجية»: ٥/ ٥.

(٥) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦٣/آ شهيد علي باشا.

(٦) «فتح المعين»: ٣/ ١٧٩.

(وَ) عن دعوى (الرِّقِّ وَكَانَ عِتْقاً عَلَى مَالٍ) ويَثبتُ الولاءُ لو بإقرارٍ، وإلا لا، إلا ببيِّنةٍ. «درر»[1].

ملكٍ في «شرح الوقاية»، مخالفاً لِمَا ذكره في «شرحه على المجمع». قال في «اليعقوبيَّة»: والموافقُ للكتب ما في «شرح المجمع».

والحاصلُ: أنَّ الجنسَ إحدى علَّتَي الرِّبا، وبإحدى العِلَّتين يحرمُ، فتمليكُ المنافع لا يكون إلا نسيئةً؛ لحدوثه آناً بعد آنٍ، فيَمتنعُ مع اتِّحاد الجنس، لا مع اختلافه.

(قوله: وَعَنْ دَعْوَى الرِّقِّ وَكَانَ عِتْقاً عَلَى مَالٍ) صورتُه: إذا ادَّعى على مجهولِ الحال أنَّه عبدُه، فصالَحه المدَّعى عليه على مالٍ؛ جازَ وكان عتقاً بمالٍ مطلقاً، أي: في حقِّ المدَّعي والمدَّعى عليه إن كان عن إقرارٍ، وفي حقِّ المدَّعي إن كان عن سكوتٍ أو إنكارٍ، ويكون حينئذٍ فداءَ يمينٍ وقطعاً للخصومة في حقِّ المدَّعى عليه.

(قوله: وَيَثْبُتُ الوَلَاءُ) لو وقع الصُّلحُ بإقرارٍ، أي: من المدَّعى عليه، وهو العبدُ.

(قوله: وَإِلَّا) أي: وإن لم يكن بإقرارٍ، بأن كان الصُّلحُ عن إنكارٍ أو سكوتٍ.

(قوله: لَا) أي: لا يثبتُ الولاءُ؛ لأنَّه لم يُصدِّقْه على أنَّه مُعتقُه، بل ينكرُ العتقَ ويدَّعي أنَّه حرُّ الأصل، ومن ادَّعى ولاءَ شخصٍ؛ لا يثبتُ له إلا بتصديق المدَّعى عليه كما تقدَّم في الإقرار.

(قوله: إِلَّا بِبَيِّنَةٍ) أي: إلا أن يُقيمَ المدَّعي البيِّنةَ بعد ذلك، فتُقبلُ بيِّنتُه في حقِّ ثبوت الولاء عليه لا غير، حتَّى لا يكون رقيقاً؛ لأنَّه جُعِلَ مُعتَقاً بالصُّلح، فلا يعود رقيقاً. «منح».

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٨.

قلتُ: ولا يعودُ بالبيِّنة رقيقـًا، وكذا في كلِّ موضعٍ أقامَ بيِّنةً بعد الصُّلح لا يَستحقُّ المدَّعى؛ لأنَّه بأخذِ البدل باختيارِه نُزِّلَ بائعـًا. فليُحفظْ.

(و) عن دعوى الزَّوج (النِّكَاح) على غيرِ مُزوَّجةٍ، ....

(قوله: وَلَا يَعُودُ بِالبَيِّنَةِ... إلخ) يُغني عنه قولُه: (وكان عتقـًا على مالٍ)؛ لأنَّ بالبيِّنة أثبتَ أنَّه كان رقيقـًا قبل الصُّلح، وقد وقعَ الصُّلحُ عتقـًا على مالٍ على ما قدَّمَه، فلا وجهَ لعوده رقيقـًا.

(قوله: المُدَّعَى) بالبناء للمجهول، وسيأتي آخرَ الباب استثناءُ مسألةٍ، وهي قولُه: (إلا في الوصيِّ على مالٍ... إلخ).

(قوله: بِأَخْذِ البَدَلِ) متعلِّقٌ بـ(نُزِّلَ). قال الحمويُّ: ولو كان المدَّعي كاذبـًا؛ لا يحلُّ له البدلُ ديانةً[1].

(قوله: نُزِّلَ بَائِعـًا) أي: بأخذ البدل، أي: فيما يصلحُ أن يكون بائعـًا فيه، أو مستأجراً، أو مؤجراً، أو معتقـًا على مالٍ، أو مختلفـًا فيما يصلحُ له

(قوله: عَنْ دَعْوَى الزَّوْجِ) لو أسقطَ لفظَ (الزَّوج) ما ضرَّ. قال في «الشُّرنبلاليَّة»: لو أسقطَ لفظَ الزَّوج؛ لكان أَوْلى. ثم قال: وهذا إذا لم تكن ذاتَ زوجٍ؛ لأنَّه لو كان لها زوجٌ؛ لم يثبتْ نكاحُ المدَّعي، فلا يصحُّ الخلعُ. انتهى[2].

(قوله: عَلَى غَيْرِ مُزَوَّجَةٍ) أمَّا لو كان لها زوجٌ، أي: ثابتٌ؛ لم يثبتْ نكاحُ المدَّعي، فلا يصحُّ الخلعُ. «شرنبلاليَّة»[3]. قال القهستاني: لأنَّه لو كانت ذاتَ زوجٍ؛ لم يصحَّ الصُّلحُ،

(١) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦٤/آ شهيد علي باشا.

(٢) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٣٩٨ (بهامش درر الحكام).

(٣) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٣٩٨ (بهامش درر الحكام).

(وَكَانَ خُلْعاً) ولا يَطيبُ لو مُبطِلًا، ويحلُّ لها التَّزوُّجُ لعدم الدُّخول، ولو ادَّعَتْه المرأةُ

وليس عليها العدَّةُ ولا تجديدُ النِّكاح من زوجها كما في «العماديَّة»[1].

وشملَ كلامُه ما إذا ادَّعى أنَّها زوجتُه قبل أن يتزوَّجَها هذا الزَّوجُ الموجودُ في حال الدَّعوى؛ لأنَّه حين ادَّعى النِّكاحَ ادَّعاهُ على غير مزوَّجةٍ، أمَّا لو ادَّعى أنَّه تزوَّجَها في حال قيام الزَّوجيَّة؛ لم تصحَّ دعواهُ، فلا يصحُّ صلحُه؛ لعدم تأتِّي كونه خُلعاً، وكذا لو لم يحلَّ له نكاحُ المدَّعى عليه، كتزوُّج أختها أو أربعٍ سواها؛ فدعواهُ لا تصحُّ حينئذٍ، ولا وجهَ لصحَّة صلحه؛ لعدم إمكان كونه خلعاً؛ لأنَّ الخلعَ لا يكون إلا بعد النِّكاح الصَّحيح.

(قوله: وَكَانَ خُلْعاً) ظاهرُه: أنَّه ينقصُ عددَ الطَّلاق، فيملكُ عليها طلقتينِ لو تزوَّجَها بعدُ، أمَّا إذا كان عن إقرارٍ؛ فظاهرٌ، وأمَّا إذا كان عن إنكارٍ أو سكوتٍ؛ فمعاملةٌ له بزعمه. فتدبَّر. ط[2].

(قوله: وَلَا يَطِيبُ لَوْ مُبْطِلاً) هذا عامٌّ في جميع أنواع الصُّلح. «كفاية»[3]. والحاصلُ: أنَّ ما يأخذُه بدلاً عن الصُّلح: إن كان مُحقّاً في دعواهُ فإنَّه يطيبُ له، فإن كان في دعوى المال؛ فإنَّه بدلُ ماله، وإن كان في دعوى المنفعة؛ فإنَّه أجرةُ ماله، وإن كان في دعوى الرِّقِّ؛ فإنَّه بدلُ العتق، وإن كان في دعوى النِّكاح؛ فإنَّه بدلُ الخُلْع. ولو كان مُبطِلاً في دعواهُ؛ لا يطيبُ له ما يأخذُه؛ لأنَّه أكلُ مال أخيه بالباطل، وهذا عامٌّ في كلِّ مسائل الصُّلح.

(قوله: لِعَدَمِ الدُّخُولِ) أي: إذا كان كذلكَ في نفس الأمر، أمَّا لو علمَ صحَّةُ دعواه، وأنَّه دخلَ بها أو اختلى؛ لا يَحِلُّ لها إلا بعد انقضاء العدَّة.

---

(١) «فصول الأحكام»: الفصل الرابع عشر: ق٨٣/ ب فيض الله، «جامع الرموز»: ص٦٣٥.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٣.

(٣) «الكفاية»: ٦/ ١٧١.

فصالَحَها؛ لم يصحَّ. «وقاية» و«نقاية» و«درر» و«ملتقى»[1]. وصحَّحَه في «المجتبى» و«الاختيار»[2]. وصحَّحَ الصِّحَّةَ في «درر البحار».

(قوله: لَمْ يَصِحَّ) لأنَّه إن جعلَ تركُ الدَّعوى منها فُرقةً؛ فلا عِوَضَ على الزَّوج في الفرقة منها، كما إذا مكَّنت ابنَ زوجها، وإن لم تُجعلْ فرقةً؛ فالحالُ على ما كان عليه قبل الدَّعوى؛ لأنَّ الفُرقةَ لَمَّا لم توجدْ؛ كانت الدَّعوى على حالها؛ لبقاءِ النِّكاح في زعمها، فلم يكن شيءٌ ثَمَّةَ يقابِلُه العوضُ، فكان رِشوةً. اهـ «درر»[3]. والظَّاهرُ: أنَّه لا يجوز لها التَّزوُّجُ بغيره معاملةً لها بزعمها. ط[4]. قال الزَّيلعيُّ: وإن كانت هي المدَّعيةَ والزَّوجُ ينكرُ؛ ذكرَ في بعض نسخ «المختصر»: أنَّه لا يجوزُ؛ لأنَّه لو جعلَ تركُ الدَّعوى منها طلاقاً؛ فالزَّوجُ لا يُعطي العِوَضَ في الفرقة؛ إذ لم يَسْلَمْ له شيءٌ في هذه الفرقة، وهي يَسلمُ لها المالُ والنَّفسُ. وإن لم يُجعلْ فُرقةً؛ فالحالُ بعد الصُّلح على ما كان عليه قبله، فتكون على دعواها، فلا يكون هذا الصُّلح مُفيداً قطعَ الخصومة، فلا يُصارَ إليه. وذكر في بعضها: أنَّه يجوزُ؛ لأنَّه يُجعلُ كأنَّه زادَها على مهرها، ثمَّ خالَعَها على أصل المهر دون الزِّيادة، فيسقطُ المهرُ غير الزِّيادة. انتهى[5]. قال الحمويُّ: وأطالَ صاحبُ «غاية البيان» في ترجيح عدم الجواز.

(قوله: وَصَحَّحَ الصِّحَّةَ فِي «دُرَرِ البِحَارِ») لأنَّه يجعلُ كأنَّه زادَ في مهرها... إلى آخر ما قدَّمْناه، وأقرَّه في «غرر الأفكار»، وعليه اقتصرَ في «البحر»[6]. فكان فيه اختلافَ التَّصحيح.

---

(١) «شرح الوقاية»: ٤/ ٢٣١، «ملتقى الأبحر»: ص١٣٦.

(٢) «المجتبى»: ص١٠١٩، «الاختيار»: ٣/ ٨.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٨.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٣.

(٥) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٣٧- ٣٨.

(٦) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٨.

(وَإِنْ قَتَلَ العَبْدُ المَأْذُونُ لَهُ رَجُلاً عَمْداً؛ لَمْ يَجُزْ صُلْحُهُ عَنْ نَفْسِهِ) لأنَّه ليس من تجارته، فلم يلزمِ المولى، لكن يَسقطُ به القودُ، ....

وعبارةُ «المجمع»: وادَّعتْ هي نكاحَه فصالَحَها؛ جازَ، وقيل: لم يجزْ[1].

فائدةٌ: في «فروق المحبوبيِّ»: لو ادَّعتِ امرأةٌ أنَّ زوجَها طلَّقَها ثلاثاً، وأنكرَ الزَّوجُ، فصالَحَها على مائةِ درهمٍ على أن تُبرئَه منَ الدَّعوى؛ لم يصحَّ، ويَرجعُ الزَّوجُ عليها، والمرأةُ على دعواها. ولو ادَّعى على امرأةٍ نكاحَها، فجحدتْ، فصالَحَها على مائةِ درهمٍ لتُقِرَّ، فأقرَّتْ؛ صحَّ ويلزمُه المالُ، ويكون هذا ابتداءَ عقدٍ، وبه يظهرُ الفرقُ بين الأولى والثَّانية؛ لأنَّ في الفصل الأوَّل لا يمكن جعلُه ابتداءَ عقدٍ، وفي الثَّانية ممكنٌ.

(قوله: المَأْذُونُ لَهُ) أي: بالتِّجارة.

(قوله: عَمْداً) قيَّد به؛ لأنَّه لو كان القتلُ خطأً؛ فالظَّاهرُ الجوازُ؛ لأنَّه يُسلكُ به مسالكُ الأموال. ط[2].

(قوله: فَلَمْ يَلْزَمِ المَوْلَى) لأنَّه لم يأذنْ به، وإنَّما أَذِنَ له فيما هو من أعمال التِّجارة، وليس هذا منها. قال المقدسيُّ: فإن أجازه صحَّ عليه، وإلا لا.

(قوله: لَكِنْ يَسْقُطُ بِهِ القَوَدُ) لأنَّه صحيحٌ بينه وبين أولياء المقتول؛ لأنَّه مكلَّفٌ، فيصحُّ تصرُّفُه في حقِّ نفسه، لا في مال الغير ـ وهو المولى ـ بغير إذنه؛ لأنَّ الوليَّ أسقطَه بالبدل، ولا مانعَ من جانبه.

وحاصلُه ـ كما في «العناية» ـ: أنَّ نفسَ العبد ليستْ من كسبه، فلا يجوز له التَّصرُّفُ

---

(١) «مجمع البحرين»: ص٤٥٤.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٣.

ويُؤاخذُ بالبدل بعد عتقه. (وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ لَهُ) أي: للمأذون (رَجُلاً عَمْداً، وَصَالَحَهُ) المأذونُ (عَنْهُ جَازَ) لأنَّه من تجارته، ....

فيها، ولم يجب البدلُ في حقِّ المولى بل تأخَّرَ إلى ما بعد العتق؛ لأنَّ صُلحَه عن نفسه صحيحٌ لكونه مكلَّفًا، ولم يصحَّ في حقِّ المولى، فصارَ كأنَّه صالَحَه على بدلٍ مؤجَّلٍ؛ يُؤاخذُ به بعد العتق[1].

(قوله: وَيُؤَاخَذُ) أي: المأذونُ المصالِحُ؛ لأنَّه قد التزمَ المالَ وهو معسرٌ في حال رِقِّه، فيُنظرُ إلى الميسرة، وهي تكون بعد عتقه.

(قوله: وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ لَهُ) "عبد" فاعلُ (قتلَ).

(قوله: وَصَالَحَهُ المَأْذُونُ) على تقدير مضافٍ، أي: صالَحَ أولياءَه، يعني: إذا كان لهذا المأذون عبدٌ قتلَ رجلاً عمداً، فصالَحَ عنه مولاهُ المأذونُ؛ جازَ. وهكذا التَّصويرُ في «غاية البيان»، فالمرادُ بالمولى: العبدُ المأذونُ، وهو مولى عبدٍ قاتلٍ عمداً. وأطلقَ صحَّةَ هذا الصُّلح، فشملَ أنَّه صحيحٌ سواءٌ كان على هذا المولى المأذون دَينٌ أو لم يكن، وسواءٌ كان على عبده دَيْنٌ أو لم يكن كما في «تكملة الدِّيري». وفي التَّعبير بالمولى عن المأذون تعسُّفٌ كما نبَّه عليه عزمي زاده. ووجهُه: أنَّ المولى إنَّما يُطلقُ على الأسفل بعد عتقه، ورقُّ المأذون قائمٌ، فلا يصحُّ إطلاقُ المولى عليه كما أفادَه المولى أبو السُّعود[2].

(قوله: لِأَنَّهُ مِنْ تِجَارَتِهِ) لأنَّ استخلاصَه كشرائه. «منح». لأنَّه باستحقاق القتل كالزَّائل عن ملكه، وهو لو خرجَ عن ملكِه كان له أن يَشتريَه، فكذا له أن يَستخلصَه، بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يُصالِحَ عن نفسه كما سيأتي.

(١) «العناية»: ٨/ ٤٢٠.

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ١٨١.

والمكاتَبُ كالحرِّ.

(وَالصُّلْحُ عَنِ المَغْصُوبِ الهَالِكِ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ ....

(قوله: وَالمُكَاتَبُ كَالحُرِّ) أي: لخروجه عن يد المولى؛ إذ هو حرٌّ يداً، واكتسابُه له ما لم يعجزْ، بخلاف المأذون، فإنَّه عبدٌ من كلِّ وجهٍ، وكسبُه لمولاه، ولهذا نفذَ تصرُّفُه على نفسه حيث جازَ صلحُه عنها. قال في «الدُّرر»: ولهذا إن ادَّعى أحدٌ رقَّيَّتَه؛ فإنَّه يكون خصماً فيه، وإذا جنيَ عليه كان الأرشُ له، وإذا قتلَ لا تكون قيمتُه للمولى، بل لورثته تُؤدَّى منها كتابتُه، ويحكمُ بحرِّيَّتِه في آخر حياته، ويكون الفضلُ لهم، فصار كالحرِّ، فيجوز صُلحُه عن نفسه، ولا كذلك المأذونُ. ذكره الزَّيلعيُّ[1]. انتهى[2].

(قوله: وَالصُّلْحُ عَنِ المَغْصُوبِ) أي: القيميِّ؛ لأنَّه لو كان مثليّاً فهلكَ؛ فالمصالَحُ إن كان من جنس المغصوب لا تجوز الزِّيادةُ اتِّفاقاً، وإن كان من خلاف جنسِه؛ جازَ اتِّفاقاً. ابنُ ملكٍ. أي: جازَ مع اختلاف الجنس.

(قوله: الهَالِكِ) قيَّد به؛ لأنَّه لا خلافَ في الصُّلح بالأكثر عند قيامه؛ إذ لا نَظرَ للقيمة حينئذٍ أصلاً. ابنُ ملكٍ.

(قوله: عَلَى أَكْثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ) أي: ولو بغبنٍ فاحشٍ. قال في «غاية البيان»: بخلاف الغبن اليسير، فإنَّه لَمَّا دخلَ تحت تقويم المقوِّمين؛ لم يُعدَّ ذلك فضلاً، فلم يكن ربـاً، أي: عندهما. وقيَّدَ بقوله: (على أكثرَ من قيمته)؛ لأنَّه محلُّ الخلاف. قال في «جامع الفصولين»: غصبَ كُرَّ بُرٍّ أو ألفَ درهمٍ، فصالَحَ على نصفه، فلو كان المغصوبُ هالكاً؛

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٣٨.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٩.

قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالْقِيمَةِ جَائِزٌ) ....

جاز الصُّلحُ، ولو قائماً لكن عيَّبَه أو أخفاهُ وهو مقرٌّ أو منكرٌ؛ جاز قضاءً لا ديانةً. ولو حاضراً يراهُ، لكنَّ غاصِبَه منكرٌ؛ جاز كذلكَ، فلو وجدَ المالكُ بيِّنةً على بقيَّة ماله؛ قُضيَ له به. والصُّلحُ على بعض حقِّه في كيليٍّ أو وزنيٍّ حال قيامه باطلٌ. ولو أقرَّ بغصبِه وهو ظاهرٌ في يده، ويقدرُ مالكُه على قبضه، فصالَحَه على نصفه على أن يُبرئَه مما بقيَ؛ جاز قياساً لا استحساناً، ولو صالَحَه في ذلك على ثوبٍ ودفعَه؛ جاز في الوجوه كلِّها؛ إذ يكون مُشترياً للثَّوب بالمغصوب. ولو كان المغصوبُ قِنّاً أو عرضاً، فصالَحَ غاصبُه مالكَه على نصفه وهو مُغيِّبُه عن ملكه، وغاصبُه مقرٌّ أو منكرٌ؛ لم يجزْ؛ إذ صُلحُه على نصفه إقرارٌ بقيامه، بخلاف كيليٍّ أو وزنيٍّ؛ إذ يُتصوَّرُ هلاكُ بعضه دون بعضه عادةً، بخلاف ثوبٍ وقِنٍّ. اهـ[1].

(قوله: قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالْقِيمَةِ) أمَّا بعد القضاء لا يجوزُ؛ لأنَّ الحقَّ انتقلَ بالقضاء إلى القيمة. «منح». فيردُّ الزِّيادةَ على القيمة. أبو السُّعود[2].

(قوله: جَائِزٌ) عند الإمام، خلافاً لهما؛ لأنَّ حقَّ المالك في الهالك لم يَنقطعْ ولم يتحوَّلْ إلى القيمة، فكان صُلحاً عن المغصوب، لا عن قيمته، فلا يكون اعتياضُه بأكثرَ من قيمته ربا، والزَّائدُ على الماليَّة يكون في مقابلة الصُّورة الباقية حكماً لا القيمة. وعندهما: لا يجوزُ إذا كان بغبنٍ فاحشٍ؛ لأنَّ حقَّه في القيمة، فالزَّائدُ عليها ربا. ومحلُّ ذلك: إذا لم يكن مثليّاً صُولحَ عنه على مثله، فإنَّه لا تجوزُ الزِّيادةُ حينئذٍ، وإن كان من خلاف جنسِه جازَ اتِّفاقاً. والحاصلُ: أنَّ الإمامَ يقول: إنَّ الضَّمانَ بدلٌ عن العين المستهلكة، فيجوز

(١) «جامع الفصولين»: الفصل الثلاثون: ٢/ ٥١.

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ١٨١.

كصُلحه بعَرْضٍ، **(فَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الغَاصِبِ بَعْدَهُ)** أي: الصُّلح على **(أَنَّ قِيمَتَهُ أَقَلُّ مِمَّا صَالَحَ عَلَيْهِ)** ولا رُجوعَ للغاصب على المغصوب منه بشيءٍ **(لَوْ تَصَادَقَا بَعْدَهُ أَنَّهَا أَقَلُّ)** «بحر»[1] ....

بالغاً ما بلغَ، كما إذا كانت قائمةً حقيقةً. والصَّاحبان يقولان: إنَّ القيمةَ هي الواجبةُ في ضمان العدوان؛ لأنَّها هي التي يمكن وجوبُها في الذمَّة دون العين، فيكون المأخوذُ بدلاً عن القيمة عند الصَّاحبين، فما زادَ عن القيمة يكون رباً. أبو السُّعود[2].

(قوله: **كَصُلْحِهِ بِعَرْضٍ**) أي: سواءٌ كانت قيمتُه كقيمة الهالك أو أقلَّ أو أكثرَ، وإنَّما ذكرَها الشَّارحُ هنا مع أنَّها ستأتي متناً؛ إشارةً إلى أنَّ محلَّها هنا. وظاهرُه: أنَّ الصُّلحَ عن قيميٍّ بعرَضٍ وإن كانتْ قيمتُه أكثرَ؛ جازَ على هذا الخلاف، وليس كذلكَ، بل الصُّلحُ على عَرضٍ وإن كانت قيمَتُه أكثرَ من قيمة المغصوب جائزٌ اتِّفاقاً. صرَّحَ به في «الكافي» وغيره. غايةُ ما يقال: إنَّ مقارنتَه بما قبله لمجرَّدِ تساويهما في الصحَّة عند زيادة البدل عن قيمة المبدل، وإن كان أحدُهما اختلافيّاً والآخرُ اتِّفاقيّاً. نعم، لو أفردَه بالذِّكْر كما في «الهداية»[3] وكما فعلَ المصنِّفُ؛ لكان أَوْلى.

(قوله: **فَلَا تُقْبَلُ... إلخ**) لأنَّ بالصُّلح قد أخذَ بعضَ حقِّه وأسقطَ باقيَه، والسَّاقطُ لا يعودُ.

(قوله: **وَلَا رُجُوعَ لِلْغَاصِبِ عَلَى المَغْصُوبِ مِنْهُ بِشَيْءٍ**) أي: سواءٌ كان قبل القضاء بقيمة المغصوب أو بعده؛ لعدم ظهور الرِّبا بين العَرْض وقيمة المغصوب؛ لفقد العِلَّتين فيه، بخلاف ما لو دَفعَها من جنس القيمة بعد القضاء بها؛ لأنَّ تقديرَ القاضي كتقدير

(1) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٨.

(2) «فتح المعين»: ٣/ ١٨١ عن شيخه، وفيه: (زاد على القيمة).

(3) «الهداية»: ٣/ ١٩٣.

(وَلَوْ أَعْتَقَ مُوسِرٌ عَبْداً مُشْتَرَكاً، فَصَالَحَ) الموسِرُ (الشَّرِيكَ عَلَى أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ قِيمَتِهِ؛

الشَّارع، فإذا دفعَ أزيدَ منه؛ تحقَّقَ الرِّبا إن كان من جنسِ ما قدَّره القاضي، أما لو قُضيَ بالدَّراهم، فدفعَ الدَّنانيرَ أو بالعكس؛ فيجوزُ أيضاً لفقد العلَّة، وهو اتِّحادُ الجنس، لكن يُشترطُ القبضُ في مجلس الصُّلح؛ لئلا يَفترقا عن دَيْنٍ بدينٍ. أفاده الرَّحمتيُّ.

تنبيهاتٌ: الصُّلحُ على أكثرَ من مهر المثل جائزٌ، ولو طلَّقَها بعد الدُّخول أو ماتتْ؛ لا يجوزُ إلا على قدر مهر المثل؛ لأنَّه يصيرُ بمنزلة الدَّين، ولم يبقَ له حكمُ المهر، ولذا لا يجوز الزِّيادةُ فيه. استهلكَ إناءَ فضَّةٍ وقُضي بالقيمة، وافترقا قبل القبض؛ لم يَبطلْ، وكذا لو اصطَلَحا بلا قضاءٍ.

غصبَ طوقَ ذهبٍ مائتا مثقالٍ، فضاعَ، فصالَحه على مائةٍ، ثمَّ أقرَّ المدَّعي أنَّ أحدَهما كان ملكَ المدَّعى عليه؛ فالصُّلحُ جائزٌ عن الثَّاني ولا يرجعُ عليه، ولو أقامَ المدَّعي بيِّنةً على الألف والدَّار بعد الصُّلح؛ كان على حقِّه في الدَّار؛ لأنَّ المائتين التي أخذَهما إنَّما هما من الألف، وقد حَطَّ عنه الباقيَ منها.

ولو ادَّعى داراً أو ألفاً، فصالَحه على ألفٍ، ثمَّ برهنَ على نصف الدَّار ونصفِ الألف؛ لم يكن له من ذلك شيءٌ، ولو أقامَ البيِّنةَ على ألفِ درهمٍ ونصف الدَّار؛ كانت الألفُ قضاءً بالألف، وأخذ نصفَ الدَّار، ولو استُحقَّت الدَّارُ من يد المدَّعى عليه؛ لم يَرجعْ من الألف بشيءٍ؛ لأنَّه يقول: "الألفُ التي قبضتُ عن التي ادَّعيتُ"، وقياسُ الألف والدَّار: الدِّرهمُ والدِّينارُ. ووجهُ عدم كون البدلِ عن الجميع: أنَّ الشِّراءَ الواحدَ لا يَنتظمُ الإسقاطَ والمعاوضةَ، ولو أعطاه ثوباً عن جميع حقِّه؛ فهو صُلحٌ بالجميع.

(قوله: وَلَوْ أَعْتَقَ مُوسِرٌ عَبْداً... إلخ) قيَّد بالموسر؛ لأنَّه لو كان مُعسراً؛ يسعى العبدُ في نصفه كما في مسكين[1].

(١) «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٢٨.

لا يَجُوزُ) لأنَّه مُقدَّرٌ شرعاً، فبطَلَ الفضلُ اتِّفاقاً (كَالصُّلْحِ فِي) المسألة (الأُولَى) على أكثرَ من قيمة المغصوب (بَعْدَ القَضَاءِ بِالقِيمَةِ) فإنَّه لا يجوزُ؛ لأنَّ تقدير القاضي كالشَّارع. (وَكَذَا لَوْ صَالَحَ بِعَرْضٍ؛ صَحَّ وَإِنْ كَانَتِ القِيمَةُ أَكْثَرَ مِنْ قِيمَةِ مَغْصُوبٍ تَلِفَ) لعدم الرِّبا. (وَ) صحَّ (فِي) الجنايةِ (العَمْدِ) مطلقاً ولو في نفسٍ مع إقرارٍ (بِأَكْثَرَ مِنَ الدِّيَةِ

(قوله: لا يَجُوزُ لِأَنَّهُ مُقَدَّرٌ شَرْعاً) قال في «الدُّرَر»: لأنَّ القيمةَ في العتق منصوصٌ عليها، وتقديرُ الشَّارع ليس أدنى من تقدير القاضي، فلا تجوزُ الزِّيادةُ عليه. اهـ[1]. بخلاف ما تقدَّم؛ لأنَّها غيرُ منصوصٍ عليها. وإن صالَحَه على عَرْضٍ؛ جازَ كيفما كان؛ لأنَّه لا يظهرُ الفضلُ عند اختلاف الجنس. عيني[2].

(قوله: لِعَدَمِ الرِّبَا) لأنَّه قُوبِلَ صورةً بصورةٍ على قوله، أو قيمةٍ بصورةٍ على قولهما، وعلى كلٍّ فلا رباً.

(قوله: وَصَحَّ فِي الجِنَايَةِ العَمْدِ... إلخ) شملَ ما إذا تعدَّدَ القاتلُ أو انفردَ، حتَّى لو كانوا جماعةً فصالَحَ أحدُهم على أكثرَ من قدر الدِّية؛ جازَ، وله قتلُ البقيَّة والصُّلحُ معهم؛ لأنَّ حقَّ القصاص ثابتٌ على كلِّ واحدٍ منهم على سبيل الانفراد. تأمَّلْ. رملي[3].

(قوله: وَلَوْ فِي نَفْسٍ مَعَ إِقْرَارٍ) تفسيرٌ للإطلاق، أي: سواءٌ كان العمدُ في النَّفس أو ما دونها، وسواءٌ كان الصُّلحُ عن إقرارٍ أو إنكارٍ أو سكوتٍ.

(قوله: بِأَكْثَرَ مِنَ الدِّيَةِ) أي: في النَّفس.

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٩.

(٢) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٦٧.

(٣) «لوائح الأنوار»: ق٦٩/ آ ولي الدين.

وَالأَرْشِ) أو بأقلَّ؛ لعدم الرِّبا، وفي الخطإ كذلكَ لا تصحُّ الزِّيادةُ؛ لأنَّ الدِّيَةَ في الخطأ مقدَّرةٌ، حتَّى لو صالَحَ ....

(قوله: وَالأَرْشِ) أي: في الأطراف.

(قوله: أَوْ بِأَقَلَّ) أي: على أقلَّ وإن كان أقلَّ من عشرةِ دراهمَ؛ لأنَّه لا مُوجبَ له، وإنَّما يجب بالعقد، فيقدَّرُ بتقديرهما، بخلاف النِّكاح حيث لا يجوزُ تسميةُ ما دون العشرة فيه؛ لأنَّه مقدَّرٌ شرعـاً.

(قوله: لِعَدَمِ الرِّبَا) لأنَّ الواجبَ فيه القصاصُ، وهو ليس بمالٍ، فلا يتحقَّقُ فيه الرِّبا، فلا يبطلُ الفضلُ؛ لعدم المجانسة بين موجب العمد ـ وهو القصاصُ ـ والمدفوعِ من المال.

(قوله: كَذَلِكَ) أي: بأكثرَ من الدِّية، أي: مطلقـاً في النَّفس أو الأطراف، مع الإقرار أو السُّكوت أو الإنكار.

(قوله: لا تَصِحُّ الزِّيَادَةُ) أفادَ بالتَّقييد بالزِّيادة صحَّةَ النَّقص، ويُجعلُ إسقاطـاً. ط[1]. وإذا لم تصحَّ الزِّيادةُ؛ فالصُّلحُ صحيحٌ، والزِّيادةُ غيرُ لازمةٍ كما في «الدُّرر» و«الشُّرنبلاليَّة»[2].

(قوله: لِأَنَّ الدِّيَةَ فِي الخَطَأِ مُقَدَّرَةٌ) أي: شرعـاً، والزِّيادةُ عليها تكون ربـاً، فيَبطلُ الفضلُ. ومقاديرُها مائةُ بعيرٍ، أو مائتا بقرةٍ، أو مائتا شاةٍ، أو مائتا حُلَّةٍ، أو ألفُ دينارٍ، أو عشرةُ آلاف درهمٍ. عزمي عن «الكافي». فلا تجوز الزِّيادةُ عليه، كما لا يجوز الصُّلحُ في دعوى الدَّين على أكثرَ من جنسه. ط[3]. قال الرَّحمتيُّ: وهذا في الدَّراهم والدَّنانير ظاهرٌ. وأمَّا في الإبل؛ فينبغي الجوازُ لفقد القَدْر. اهـ.

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٤.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٩ (وبهامشه غنية ذوي الأحكام).

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٤.

بغير مقاديرها صحَّ كيفما كان بشرطِ المجلس؛ لئلَّا يكون دَيْناً بدينٍ، وتعيينُ القاضي أحدَهما يُصيِّرُ غيرَه كجنسٍ آخرَ. ولو صالَحَ على خمرٍ ....

أقول: سيأتي قريباً ما يؤيِّدُه. فافهمْ.

(قوله: بِغَيْرِ مَقَادِيرِهَا) أي: بغير الذَّهب والفضَّة والإبل، كأن صالَحَ بعُرُوضٍ أو حيوانٍ غير ما ذُكرَ؛ صحَّ، سواءٌ كانت قيمتُه قدرَ ديةٍ أو لا. وأفادَ أنَّ الكلامَ فيما إذا صالَحَ على أحد مقادير الدِّية المتقدِّمة.

(قوله: بِشَرْطِ المَجْلِسِ) أي: بشرط القبض في المجلس إذا كان ما وقعَ عليه الصُّلحُ دَيناً في الذمَّة، وهذا مقيَّدٌ بما إذا كان الصُّلحُ بمكيلٍ أو موزونٍ كما قيَّده في «العناية»[1]. ح بزيادةٍ من ط[2].

(قوله: لِئَلَّا يَكُونَ دَيْناً بِدَيْنٍ) أي: افترقا عن دينٍ -وهو الدِّيةُ- بدينٍ، وهو ما وقع عليه الصُّلحُ.

(قوله: أَحَدَهُمَا) كالإبل مثلاً.

(قوله: يُصَيِّرُ) بضم الياء وفتح الصاد وكسر الياء المشدَّدة فعلٌ مضارعٌ.

(قوله: كَجِنْسٍ آخَرَ) فلو قضى القاضي بمائةِ بعيرٍ، فصالَحَ القاتلَ عنها على أكثرَ من مائتي بقرةٍ وهي عنده ودَفعَها؛ جازَ؛ لأنَّ الحقَّ تعيَّنَ فيه بالقضاء، فكان غيرُه من المقادير كجنسٍ آخرَ، فأمكنَ الحملُ على المعاوضة. «منح». وفي «الجوهرة»: إنَّما جاز ذلك؛ لأنَّ قضاءَ القاضي عيَّنَ الوجوبَ في الإبل، فإذا صالَحَ على البقر؛ فالبقرُ الآن ليستْ بمستحقَّةٍ،

---

(١) «العناية»: ٨/ ٤١٧.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٤.

فسدَ، فتلزمُ الدِّيةُ في الخطأ، ويَسقطُ القودُ؛ لعدمِ ما يُرجعُ إليه. «اختيار»[1].

(وَكَّلَ) زيدٌ عمراً **(بِالصُّلْحِ عَنْ دَمِ عَمْدٍ** ....

وبيعُ الإبل له بالبقر جائزٌ، وإذا صالَحَ عن الإبل بشيءٍ من المكيل والموزون مؤجَّلٍ؛ فقد عاوَضَ دَيناً بدَينٍ، فلا يجوزُ. وإن صالَحَ عن الإبل على مثلِ قيمة الإبل أو أكثرَ مما يُتغابنُ فيه؛ جازَ؛ لأنَّ الزِّيادةَ غيرُ متعيِّنةٍ[2]، وإن كان لا يُتغابنُ فيها لا؛ لأنَّه صالَحَ على أكثرَ من المستحقِّ. اهـ[3]. وقولُه: "على أكثر" الظَّاهرُ: أنَّه بالأقلِّ كذلك بالأَوْلى. قاله أبو الطَّيب.

(قوله: فَسَدَ) لأنَّ هذا صلحٌ عن مالٍ، فيكون نظيرَ الصُّلح عن سائر الدُّيون.

(قوله: وَيَسْقُطُ القَوَدُ) أي: في العمد، أي: مجَّاناً إن سُمِّي نحوُ خمرٍ، يعني: يصيرُ الصُّلحُ الفاسدُ فيما يوجبُ القودَ عفواً عنه، وكذا على خنزيرٍ أو حرٍّ كما في «الهنديَّة»[4]. وهذا بخلاف ما إذا فسدَ بالجهالة. قال في «المنح» في الكلام على العمد: ثمَّ إذا فسدتِ التَّسميةُ في الصُّلح، كما إذا صالَحَ على دابَّةٍ أو ثوبٍ غير معيَّنٍ؛ تجب الدِّيةُ؛ لأنَّ الوليَّ لم يرضَ بسقوط حقِّه مجَّاناً، فيُصارُ إلى موجَبه الأصليِّ، بخلافِ ما إذا لم يُسمَّ شيئاً أو سمِّيَ الخمرُ ونحوُه حيث لا يجبُ شيءٌ لِمَا ذكرنا، أي: من أنَّ القصاصَ إنَّما يتقوَّمُ بالتَّقويم، ولم يُوجدْ. وفي قوله: فيصارُ إلى موجبه الأصليِّ نظرٌ؛ لأنَّه القصاصُ لا الدِّيةُ. وبعد خطورِ ذلك بالذِّهن رأيتُ سريَّ الدِّين نبَّهَ عليه. ط[5].

(قوله: بِالصُّلْحِ عَنْ دَمِ عَمْدٍ) محلُّه: إذا صدرَ التَّوكيلُ من الجاني.

---

(١) «الاختيار»: ٣/ ٧.

(٢) في «الجوهرة»: (متيقنة).

(٣) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٢٠.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٢٦١.

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٤.

أَوْ عَلَى بَعْضِ دَيْنٍ يَدَّعِيهِ) على آخرَ من مكيلٍ وموزونٍ ....

(قوله: أَوْ عَلَى) نسخُ المتن: "أو عن" بدل "على".

(قوله: يَدَّعِيهِ عَلَى آخَرَ) تبعَ الشَّارحُ في هذا المصنِّفَ في شرحه، وفي العبارة قلبٌ، والصَّوابُ: يدَّعيه عليه آخرُ؛ لِمَا علمتَ أنَّ التَّوكيلَ من طرف المدَّعى عليه، وإلا فإذا كان مدَّعياً على آخرَ دَيْناً، فوكَّلَ من يُصالِحُه على بعضه كيف يقال: البدلُ يلزمُ الموكِّلَ مع أنَّه هنا آخذُ البدل لا دافعُه؟! ويدلُّ عليه قولُه الآتي: (لزم بدله الموكِّل). وعبارةُ «الدُّرَر» هكذا[1]، وليس فيها كلمةُ "على"، وعبارةُ «الكنز»: ومن وكَّلَ رجلاً بالصُّلح عنه، فصالَحَ الوكيلُ؛ لم يلزم الوكيلَ ما صالَحَ عليه[2]، وهي أحسنُ. ولو حذف كلمةَ "على" آخراً كما صَنَعَ «الدُّرَر»؛ لسَلِمَ من هذا، إلا أن تحملَ عبارتُه هنا على ما ذكرنا بأن يقال: أو على بعضِ دينٍ يدَّعيه آخرُ عليه. فتأمَّل. قال الشُّمنيُّ: لأنَّ هذا الصُّلحَ إسقاطٌ محضٌ، فكان الوكيلُ فيه سفيراً ومعبِّراً، فلا يكون البدلُ عليه كالوكيل بالنِّكاح، إلا أن يضمنَه، فإنَّه حينئذٍ يؤاخذُ به لضمانه، لا لعقد الصُّلح. اهـ.

(قوله: مِنْ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ) هكذا قيَّد بهذا القيد في «الدُّرَر»، وتبعه الشَّارحُ، إلا أنَّ عبارةَ «الدرر» بلفظ "أو"[3]، والواو بمعنى "أو"، أي: سواءٌ كان دَيناً منها بحسب الأصل أو بحسب التَّقدير. قال أبو الطَّيب: إن كان المرادُ من مكيلٍ وموزونٍ: أنَّ "مِنْ" بيانيَّةٌ للدَّيْن؛ فلا حاجةَ إلى اشتراط أن يكون الدَّينُ بدل المكيل والموزون؛ لأنَّ الدَّينَ لا يكون إلا أحدَهما؛ لأنَّ الأعيانَ لا تكون ديوناً. اهـ. وبه ظهرَ قولُ بعض الأفاضل: هل مثلُه

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٩.

(٢) «كنز الدقائق»: ص٥١٨.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٤٠١.

(لَزِمَ بَدَلُهُ المُوَكِّلَ) لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ، فَكَانَ الوَكِيلُ سَفِيراً، (إِلَّا أَنْ يَضْمَنَهُ الوَكِيلُ) فيُؤاخذُ بضمانه، (كَمَا لَوْ وَقَعَ الصُّلْحُ) من الوكيل (عَنْ مَالٍ بِمَالٍ عَنْ إِقْرَارٍ) ....

المعدودُ المتقاربُ والمذروعُ إذا بُيِّن طولُه وعرضُه وصفتُه؟ فإنَّهم قالوا: يجوز فيه حينئذٍ السَّلَمُ، ويصحُّ ثبوتُه في الذمَّة. يُراجعُ. اهـ. فتأمَّلْ.

(قوله: لَزِمَ بَدَلُهُ المُوَكِّلَ) هذا ظاهرٌ فيما إذا كان الوكيلُ من طرف الجاني، ولا يظهرُ إذا كان من طرف الوليِّ؛ لأنَّه آخذٌ، فكيف يقال: يلزَمُه؟! وكذا لا يظهرُ في جانب الدَّين إذا كان الموكِّلُ هو المدَّعيَ؛ لأنَّ الموكِّلَ مدَّعٍ، فكيف يلزَمُه؟! وأطلقَ في لزومه الموكِّلَ، فشملَ الصُّلحَ بأقسامه الثَّلاثة، وبه صرَّحَ العينيُّ[1].

(قوله: لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ) أي: للقَوَد عن القاتل، وبعضِ الدَّين عن المدَّعى عليه.

(قوله: فَيُؤَاخَذُ بِضَمَانِهِ) أي: ويَرجعُ على الموكِّل به، وكذا الصُّلحُ في الخلع، وكذا يَرجعُ في الصُّورة التَّالية لهذه كما في المقدسيِّ. وفي النِّكاح لا يرجعُ؛ لأنَّ الأمرَ بالصُّلح عنه أمرٌ بالأداء عنه ليُفيدَ الأمرُ فائدتَه؛ إذ الصُّلحُ عنه جائزٌ بلا أمره، بخلاف النِّكاح؛ لأنَّه لا يَنفذُ عليه من الأجنبيِّ، والأمرُ بالخلع كالأمرِ بالصُّلح، حتَّى يرجعُ على الآمر إن ضَمِنَ وأدَّى عنه. زيلعي[2]. قال عبدُ الحليم: قولُه: "إلا أن يُضمِّنَه" أي: يكفلَ الوكيلُ البدلَ، وأن يُضيفَ العقدَ إلى نفسه وإلى مال نفسه. اهـ. وهذا كلُّه فيما إذا كان الصُّلحُ عن دم العمد - كما ذكره المصنِّفُ - عن إقرارٍ أو سكوتٍ أو إنكارٍ، أو فيما لا يُحملُ على المعاوضة كالصُّلح على بعض الدَّين كما ذكره المصنِّفُ أيضاً؛ لأنَّه إسقاطٌ، فكان الوكيلُ سفيراً،

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٦٧.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٤٠.

فيلزمُ الوكيلَ؛ لأنَّه حينئذٍ كبيعٍ. (أَمَّا إِذَا كَانَ عَنْ إِنْكَارٍ؛ لا) يلزمُ الوكيلَ مطلقاً. «بحر» و«درر»[1].

(صَالَحَ عَنْهُ) فضوليٌّ ....

فلا يلزمُه شيءٌ إلا بالالتزام. وأمَّا فيما يُحملُ على المعاوضة؛ فسيذكرُه بقوله الآتي هنا: (كما إذا وقعَ عن مالٍ بمالٍ... إلخ).

(قوله: فَيَلْزَمُ الوَكِيلَ) أي: ثمَّ يرجعُ به على الموكِّل كما مرَّ قريباً؛ لأنَّ الوكيلَ أصلٌ في المعاوضات الماليَّة، فترجعُ الحقوقُ إليه دون الموكِّل، فيُطالبُ هو بالعِوَض دون الموكِّل. عيني[2].

(قوله: لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ كَبَيْعٍ) أي: والحقوقُ في عقد البيع تَرجعُ إلى المباشِرِ، فكذا فيما إذا كان بمنزلته، فيلزمُ الوكيلَ ما صالَحَ عليه، ثمَّ يَرجعُ به على الموكِّل. ومقتضى الإطلاق: أنَّه يَرجعُ وإن لم تكن الكفالةُ بأمر الموكِّل كما صرَّحتُ به عند قوله الآتي: (بأمره).

(قوله: مُطْلَقاً) سواءٌ كان عن مالٍ بمالٍ أو لا، وسواءٌ كان في دمِ عمدٍ ودَينٍ أو غيرهما، وهذا إنَّما يظهرُ في جانب المدَّعى عليه؛ إذ هو في جانبه فداءُ يمينٍ وقطعُ نزاعٍ، وهذا إنَّما يعودُ إلى الموكِّل لا إلى الوكيل.

(قوله: صَالَحَ عَنْهُ) أي: عن المدَّعى عليه (فُضُوليٌّ... إلخ) هذا فيما إذا أضافَ العقدَ إلى المصالَح عنه؛ لِمَا في آخر تصرُّفات الفضوليِّ من «جامع الفصولين»: ف[3]: الفضوليُّ إذا أضافَ العقدَ إلى نفسه؛ يلزَمُه البدلُ وإن لم يضمَنْه ولم يُضِفْه إلى مال نفسه ولا إلى

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٩، «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٩.

(٢) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٦٧.

(٣) في «الفصولين»: (ت)، وهو رمز «الزيادات».

(بِلَا أَمْرٍ؛ صَحَّ إِنْ ضَمِنَ المَالَ، أَوْ أَضَافَ) الصُّلحَ (إِلَى مَالِهِ، أَوْ قَالَ: "عَلَى) هذا" ......

ذمَّةِ نفسه، وكذا الصُّلحُ عن الغير. اهـ[1]. قال الزَّيلعيُّ: وهذا مفروضٌ فيما لم يُحملْ على المعاوضة، كدعوى القصاص وأخواته، أمَّا إذا كان عن معاوضةٍ؛ فيَمضي على الفضولي إذا كان شراءً عن إقرارٍ[2].

(قوله: بِلَا أَمْرٍ) قيَّد به؛ لأنَّه لو كان بأمرٍ؛ نفذَ الصُّلحُ عن المدَّعى عليه، وعليه البدلُ، إلا في صورة الضَّمان، فالبدلُ على المصالَح عند الإمام الحلوانيِّ. وذكر شيخُ الإسلام: أنَّه عليه وعلى المدَّعى عليه أيضاً، فيُطالبُ المدَّعى به أيَّهما شاءَ. قهستاني عن «المحيط»[3].

(قوله: صَحَّ إِنْ ضَمِنَ المَالَ) لأنَّ الحاصلَ للمدَّعى عليه البراءةُ، وفي مثله يَستوي المدَّعى عليه والأجنبيُّ؛ لأنَّه لا يَسلمُ للمدَّعى عليه شيءٌ كما لا يَسلمُ للأجنبيِّ، والمقصودُ من هذا الصُّلح: رضى صاحب الحقِّ، لا رضى المدَّعى عليه؛ إذ لا حَظَّ له فيه، والمدَّعي ينفردُ بالصُّلح فيما لا معاوضةَ فيه، غير أنَّه لم يَرْضَ بسقوط حقِّه مجَّاناً، فإذا سَلِمَ له العِوضُ من جهة المتبرِّع؛ صحَّ. انتهى.

(قوله: أَوْ أَضَافَ الصُّلْحَ) أي: البدلَ الذي وقعَ عليه الصُّلحُ.

(قوله: إِلَى مَالِهِ) بأن يقول: "صالَحتُك على ألفٍ من مالي"، أو "على عبدي فلانٍ"؛ لأنَّ الإضافةَ إلى نسه التزامٌ منه للتَّسليم إلى المدَّعي، وهو قادرٌ على ذلك، فيلزمُه تسليمُه.

(قوله: أَوْ قَالَ: "عَلَى هَذَا") أي: وأشارَ إلى نقدٍ أو عينٍ، وإنَّما صحَّ فيه؛ لأنَّ المعروفَ

(١) «جامع الفصولين»: الفصل الرابع والعشرون: ١/ ٣٢١.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٤٠- ٤١.

(٣) «جامع الرموز»: ص٦٣٦.

أو (كَذَا، وَسَلَّمَ) المالَ؛ صحَّ، وصارَ متبرِّعاً في الكلِّ، ....

المشارَ إليه كالمضاف إلى نفسه؛ لأنَّه تعيَّنَ التَّسليمُ إليه بشرطِ أن يكون مِلكَه، فيتمُّ به الصُّلحُ.

(قوله: أَوْ كَذَا) أشارَ به إلى الصُّورة الرَّابعة، وهي صورةُ الإطلاق، بأن قال: علي ألفٍ.

(قوله: وَسَلَّمَ المَالَ) أي: في الأخير، وهي الصُّورةُ الرَّابعةُ. (قوله: صَحَّ) مكرَّرٌ بما في المتن، وإنَّما صحَّ؛ لأنَّه بالتَّسليم حقيقةً تَمَّ رضاهُ، فصارَ الضَّمانُ والإضافةُ إلى نفسه. قال في «الدُّرر»: أمَّا الأوَّلُ؛ فلأنَّ الحاصلَ للمدَّعى عليه البراءةُ، وفي حقِّها الأجنبيُّ والمدَّعى عليه سواءٌ، ويجوز أن يكون الفضوليُّ أصيلاً إذا ضَمِنَ، كالفضوليِّ للخُلْع إذا ضمنَ البدلَ. وأما الثَّاني؛ فلأنَّه إذا أضافَه إلى نفسه؛ فقد التزمَ تسليمَه، فصحَّ الصُّلحُ. وأمَّا الثَّالثُ؛ فلأنَّه إذا عيَّنَه للتَّسليم؛ فقد اشترطَ له سلامةَ العِوَض، فصار العقدُ تامّاً بقبوله. وأمَّا الرَّابعُ؛ فلأنَّ دلالةَ التَّسليم على رضى المدَّعي فوق دلالةِ الضَّمان والإضافةِ إلى نفسه على رضاه. اهـ باختصارٍ[1].

(قوله: وَصَارَ مُتَبَرِّعاً فِي الكُلِّ) أي: في أربعِ صورِ الفضوليِّ المارَّة آنفاً، وهي: ما إذا ضمنَ المالَ، وما إذا أضافَ الصُّلحَ لِمَا له، وما إذا قال: "صالَحتُك عنه بألفٍ"، ولم يزدْ وسلَّمَها، وما إذا قال: "على ألفي هذه أو عبدي هذا"، وسلَّمَ، فلو استُحقَّ العِوضُ في الوجوه التي تقدَّمتْ، أو وجدهُ زيوفاً أو سَتُّوقاً؛ لم يرجعِ المصالَحُ؛ لأنَّه متبرِّعٌ التزمَ تسليمَ شيءٍ معيَّنٍ، ولم يلتزمِ الإيفاءَ من غيره، فلا يلزمُه شيءٌ آخرُ، ولكن يرجعُ بالدَّعوى؛ لأنَّه لم يرضَ بترك حقِّه مجَّاناً، إلا في صورة الضَّمان، فإنَّه يَرجعُ على المصالَح؛ لأنَّه صارَ قريناً في ذمَّته، ولهذا لو امتنعَ عن التَّسليم يُجبرُ عليه. زيلعي[2].

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٤٠٠.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٤١.

إلا إذا ضَمِنَ بأمره. عزمي زاده. (وَإِلَّا) يُسلِّمْ في الصُّورة الرَّابعة؛ (فَهُوَ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ

(قوله: إِلَّا إِذَا ضَمِنَ بِأَمْرِهِ) ثمَّ يَرجعُ على المصالَح عنه إن كان الصُّلحُ بغير أمره. «بزَّازيَّة»[1]. فتقييدُ الضَّمان اتِّفاقيٌّ. وفيها: الأمرُ بالصُّلح والخلع أمرٌ بالضَّمان؛ لعدم توقُّفِ صحَّتهما على الأمر، فيُصرفُ الأمرُ إلى إثبات حقِّ الرُّجوع، بخلاف الأمر بقضاء الدَّين. انتهى[2].

أقول: لم يظهرْ لي الفرقُ. تأمَّلْ.

(قوله: عَزْمِي زَادَهْ) لم أجدْه فيه، فليُراجعْ.

(قوله: وَإِلَّا يُسَلِّمْ فِي الصُّورَةِ الرَّابِعَةِ) الأَوْلى تركُ هذا القيد وإبقاءُ "لا" على العموم، بأن يقول: وإلا يكنْ كذلكَ أي: إن لم يضمنْ ولم يُضِفْ ولم يُشِرْ ولم يُسلِّمْ، أو يقول: وإلا يوجدْ شيءٌ مما ذُكِرَ من الصُّور الأربعة فهو موقوفٌ؛ لأنَّه لم يَسلمْ للمدَّعي عِوضٌ، فلم يسقطْ حقُّه مجَّاناً لعدم رضاه، فإن أجازه المدَّعى عليه؛ جازَ ولزمَه المشروطُ؛ لالتزامه باختياره، وإن ردَّه بطلَ؛ لأنَّ المصالِحَ لا ولايةَ له على المطلوب، فلا ينفذُ عليه تصرُّفُه. ومن جعلَ الصُّورَ أربعاً؛ جعلَ الرَّابعةَ بشقَّيها ـ وهي التَّسليمُ وعدمُه ـ صورةً واحدةً كالزَّيلعيِّ[3]، وبعضُهم جعلَها خمسةً باعتبار التَّسليم صورةً وعدمِه أخرى، وهذه الصُّورةُ الخامسةُ متردِّدةٌ بين الجواز والبطلان. ووجهُ الحصر ـ كما في «الدُّرَر» ـ: أنَّ الفضوليَّ: إمَّا أن يَضمنَ المالَ أو لا، فإن لم يَضمنْ، فإمَّا أن يُضيفَ إلى ماله أو لا، فإن لم يُضِفْه: فإمَّا أن يُشيرَ إلى نقدٍ أو عَرَضٍ أو لا، فإن لم يُشِرْ: فإمَّا أن يُسلِّمَ العِوَضَ أو لا. فالصُّلحُ جائزٌ في

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ١٩٣، وفيه: (المصالح عليه).

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ١٩٣.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٤١.

أَجَازَهُ المُدَّعَى عَلَيْهِ؛ جَازَ، وَلَزِمَهُ) البدلُ، (وَإِلَّا بَطَلَ.

وَالخُلْعُ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الأَحْكَامِ) الخمسة (كَالصُّلْحِ).

الوجوه كلِّها إلا الأخيرةَ، وهو ما إذا لم يضمنِ البدلَ ولم يُضِفْه إلى ماله ولم يُشِرْ إليه ولم يُسلِّمْ إلى المدَّعي، حيث لا يُحكمُ بجوازه، بل يكون موقوفاً على الإجازة؛ إذ لم يسلمْ للمدَّعي عِوَضٌ. انتهى[1]. وجعلَ الزَّيلعيُّ الصُّورَ أربعاً، وألحقَ المشارَ بالمضاف.

أقول: لكن غيرُ الصُّورة المذكورة لا يتوقَّفُ على الإجازة، وحينئذٍ فلا يتوجَّهُ على الشَّارح اعتراضٌ. تأمَّلْ.

(قوله: وَلَزِمَهُ البَدَلُ) المشروطُ؛ لالتزامه باختياره.

(قوله: وَإِلَّا بَطَلَ) لأنَّ المصالِحَ لا ولايةَ له على المطلوب، فلا ينفذُ عليه تصرُّفُه.

(قوله: وَالخُلْعُ) أي: إذا صدرَ من فضوليٍّ عن المرأة ببدلٍ، فإن ضَمنَه، أو أضافَه إلى مال نفسه، أو أشارَ؛ صحَّ ولزمَه وكان متبرِّعاً، وإن أطلقَ: إن سلَّمَ؛ صحَّ، وإلا توقَّفَ على إجازتها. قال في «التَّبيين»: وجعلَ في بعض شروح «الجامع» في باب الخلع الألفَ المشارَ إليه أو العبدَ المشارَ إليه مثلَ الألف المنكَّر، حتى جعلَ القبولَ إلى المرأة. انتهى[2].

(قوله: مِنَ الأَحْكَامِ الخَمْسَةِ) التي خامِسُها قولُه: (وإلا بطلَ)، أو التي خامِسُها قولُه: (وإلا فهو موقوفٌ) بعد قوله: (أو على هذا)، ويؤيِّدُه قولُ الشَّارح سابقاً: (في الصُّورة الرَّابعة). والأَوْلى في التعبير أن يقول: والخلعُ في جميع ما ذكرنا من الأحكام في الصُّور الخمسة كالصُّلح؛ لأنَّه ليس لنا إلا حكمان، وهما: الجوازُ في الصُّور الأربع، وعدمُه في الخامسة. فتأمَّلْ.

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٤٠٠.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٤١.

(ادَّعَى وَقْفِيَّةَ دَارٍ، وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ، فَصَالَحَهُ الْمُنْكِرُ لِقَطْعِ الْخُصُومَةِ؛ جَازَ وَطَابَ لَهُ) البدلُ (لَوْ صَادِقًا فِي دَعْوَاهُ. وَقِيلَ) قائلُه صاحبُ «الأجناس»: (لَا) يَطيبُ؛ لأنَّه بيعٌ معنىً،

(قوله: ادَّعَى وَقْفِيَّةَ أَرْضٍ) أطلقَ فيه، فعمَّ الوقفيَّةَ من نفسه وغيره.

(قوله: وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ) مفهومُه: أنَّه إذا وُجدَ البيِّنةُ لا يجوز الصُّلحُ؛ لأنَّه لا مصلحةَ فيه، ولا نظرَ لكون البيِّنة قد تردُّ، والقاضي قد لا يُعدِّلُ.

(قوله: وَطَابَ لَهُ) أي: للمدَّعي، ولم يذكرْ هل يطيبُ للمدَّعى عليه الأرضُ إذا كان المدَّعي صادقًا؟ والظَّاهرُ: أنَّها لا تطيبُ.

(قوله: لَوْ صَادِقًا فِي دَعْوَاهُ) فيه: أنَّه لو كان صادقًا في دعواهُ كيف يَطيبُ له وفي زعمه أنَّها وقفٌ، وبدلُ الوقف حرامٌ تملُّكُه من غير مسوِّغٍ؟! فأخذُه مجرَّدُ رشوةٍ ليكفَّ دعواه، فكان كما إذا لم يكن صادقًا. وقد يقال: إنَّه إنَّما أخذَه ليَكفَّ دعواه، لا ليُبطلَ وقفيَّتَه، وعسى أن يوجدَ مدَّعٍ آخرُ. ط(1).

لكن أطلقَ في وقف «الحامديَّة» الجوابَ بأنَّه لا يصحُّ، قال: لأنَّ المصالِحَ يأخذُ بدلَ الصُّلح عِوَضًا عن حقِّه على زعمه، فيصيرُ كالمعاوضة، وهذا لا يكون في الوقف؛ لأنَّ الموقوفَ عليه لا يملكُ الوقفَ، فلا يجوزُ له بيعُه، فههنا إن كان الوقفُ ثابتًا؛ فالاستبدالُ به لا يجوزُ، وإلا فهذا يأخذُ بدلَ الصُّلح لا عن حقٍّ ثابتٍ، فلا يصحُّ ذلك على حالٍ. كذا في «جواهر الفتاوى». اهـ. ثم نقلَ الحامديُّ ما هنا. ثمَّ قال: فتأمَّلْ(2).

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٥.

(٢) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢١/ ١٧٩.

وبيعُ الوقف لا يصحُّ.

(كُلُّ صُلْحٍ بَعْدَ صُلْحٍ فَالثَّانِي بَاطِلٌ، ....

أقول: تأمَّلتُه، فوجدتُ أنَّ المعاوضةَ في الوقف والحالةُ هذه جائزةٌ؛ لِمَا صرَّحوا به من جواز استبداله إذا وقعَ في يدِ غاصبٍ. نعم، يلزمُ أن يجعَلَه حينئذٍ بدلَ الموقوف، أمَّا إذا كان من أهل الاستحقاق لغلَّةِ الوقف، وأخذَ ما أخذَه بالمصالَحة عِوَضاً عن حقِّه في الغلَّة؛ طابَ له ذلك ما لم يتجاوزْ عن قدر استحقاقه منه. تأمَّلْ. وانظرْ ما تقدَّم في باب البيع الفاسد عن «النَّهر» عند قوله: (بخلاف بيعِ قِنٍّ ضمَّ إلى مدبَّرٍ).

(قوله: وَبَيْعُ الوَقْفِ لا يَصِحُّ) الظَّاهرُ: أنَّه مَن قال: "يَطيبُ له" أي: يطيبُ له الأخذُ، ويجعلُه مكاناً موقوفاً؛ لعجزه عن تحصيل الوقف بفقد البيِّنة، ومن قال: "لا يطيبُ له" أرادَ: لا يطيبُ له التَّصرُّفُ فيه؛ لأنَّه بدلُ الوقف في زعمه، فيكون له حكمُ الوقف. تأمَّلْ.

(قوله: فَالثَّانِي بَاطِلٌ) فلو ادَّعى داراً، فأنكرَ ذو اليد، فصالَحه على ألفٍ على أن يُسلِّمَ الدَّارَ لذي اليد، ثمَّ برهنَ ذو اليد على صُلحٍ قبله؛ فالصُّلحُ الأوَّلُ ماضٍ والثَّاني باطلٌ. حموي[1]. وهذا إذا كان الصُّلحُ على سبيل الإسقاط، أمَّا إذا كان الصُّلحُ على عِوَضٍ، ثمَّ اصطَلَحا على عِوضٍ آخرَ؛ فالثَّاني هو الجائزُ، ويُفسخُ الأوَّلُ كالبيع. «نور العين» عن «الخلاصة»[2]. وكذا نقله البيريُّ عن «الخلاصة» عن «المنتقى»[3].

قلتُ: لكن استظهرَ سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الصُّلحَ على سبيل الإسقاط بمعنى الإبراء،

(١) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٧٤ عن «جامع الفصولين».

(٢) «نور العين»: الفصل التاسع والعشرون: ٢/ ٣٦٩.

(٣) «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٢٧٥ عن «الذخيرة» عن بعض الكتب.

وَكَذَا) النِّكاحُ بعد النِّكاح، والحوالةُ بعد الحوالة، ....

وبطلانُ الثَّاني ظاهرٌ، ولكنَّه بعيدُ الإرادة هنا، فالمناسبُ حملُ الصُّلح على المتبادر منه، ويكون المرادُ به: ما إذا كان بمثل العِوَض الأوَّل بقرينة قوله: (كالبيع)، وعليه فالظَّاهرُ: أنَّ حكمَه كالبيع في التَّفصيل المارِّ فيه كما ذكره في أوَّل البيوع[1].

(قوله: وَكَذَا النِّكَاحُ بَعْدَ النِّكَاحِ) فلا يلزَمُه إلا المهرُ الأوَّلُ، ولا ينفسخُ العقدُ الأوَّلُ؛ إذ النِّكاحُ لا يحتملُ الفسخَ، والمسألةُ ذات خلافٍ، فقيل: تجب التَّسميةُ الثَّانيةُ، وقيل: كلٌّ منها. قال في «جامع الفتاوى»: تزوَّجَ امرأةً بألفٍ، ثمَّ تزوَّجَها بألفينِ؛ فالمهرُ ألفان، وقيل: ألفٌ. وفي «المنية»: تزوَّجَ على مهرٍ معلومٍ، ثمَّ تزوَّجَ على آخرَ؛ تَثبتُ التَّسميتانِ في الأصح. حموي[2].

(قوله: وَالحَوَالَةُ بَعْدَ الحَوَالَةِ) أي: إذا صدرتْ حوالةٌ عن شخصٍ، فقَبِلَها، ثمَّ إذا صدرتْ على شخصٍ آخرَ؛ فالثَّانيةُ باطلةٌ؛ لأنَّ الدَّينَ ثبتَ في ذمَّة الأوَّل بالحوالة عليه، فلا ينتقلُ بالحوالة الثَّانية على غيره كما ذكره. ط[3]. واستُفيدَ منه: أنَّ المحالَ عليه في الثَّانية غيرُه في الأولى، وبه صرَّح في «الأشباه» بقوله: الكفالةُ بعد الكفالة صحيحةٌ؛ لزيادة التَّوثُّق، بخلاف الحوالة، فإنَّها نقلٌ، فلا يَجتمعانِ كما في «التنقيح»[4]. قال الحمويُّ: وهذا يُخرجُ المسألةَ عن كونها من جزئيَّات القاعدة؛ إذ المتبادرُ من تجديد عقد البيع: تجديدُه بالنِّسبة إلى البيع الأوَّل بعينه والمشتري الأوَّل بعينه، وكذا الكلامُ في الصُّلح بعد الصُّلح، والكفالةِ

(١) «رد المحتار»: كتاب البيوع: ١١/ ٣٢٥-٣٢٦.

(٢) «غمز عيون البصائر»: ٢/ ٢٧٧.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٥.

(٤) «الأشباه والنظائر»: ص١٧٦، وفيه: (التلقيح) باللام.

و(الصُّلْحُ بَعْدَ الشِّرَاءِ) والأصلُ: أنَّ كلَّ عقدٍ أُعيدَ؛ فالثَّاني باطلٌ، إلا في ثلاثٍ مذكورةٍ في بيوع «الأشباه»: الكفالةِ، ....

بعد الكفالة، وزانُه في الحوالة: اتِّحادُ المحال عليه والمحالِ به في الحوالتين معاً، وحينئذٍ لا ينتهضُ قولُه: لأنَّها نقلٌ، فلا يَجتمعانِ. وينبغي أن تصحَّ الحوالةُ الثَّانيةُ وتكونَ تأكيداً للأولى على طِبْق الكفالة، فتدبَّرْ ذلك. اهـ[1]. وعليه فالمناسبُ في تصوير المسألة بأن يقال: بأن كان له على آخرَ ألفٌ، فأحالَ عليه بها شخصاً، ثم أحالَ عليه بها شخصاً آخرَ، أو كما تقدَّم بأن أحالَ زيدٌ عمراً بدَيْنه على بكرٍ حوالةً صحيحةً، ثمَّ أحاله بها على بشرٍ؛ لا تصحُّ الحوالةُ الثَّانيةُ؛ لأنَّ الحوالةَ نقلُ الدَّين من ذمَّةٍ إلى ذمَّةٍ، وحيث فَرغتْ ذمَّةُ المحيل فكيف يصحُّ أن يُحيلَ مرَّةً ثانيةً؟! نعم، لو تَفاسَخا الإحالةَ الأولى صحَّت الثَّانيةُ.

(قوله: وَالصُّلْحُ بَعْدَ الشِّرَاءِ) بعدما اشترى المصالَح عنه.

أقول: فيه: أنَّه تكون الدَّعوى حينئذٍ فاسدةً، والصُّلحُ بعد الدَّعوى الفاسدة صحيحٌ. تأمَّلْ. وصورتُها: إذا اشترى شخصٌ داراً مثلاً من آخرَ، ثمَّ ادَّعى المشتري على البائع أنَّ الدَّارَ مِلكُه، فصالَحه البائعُ؛ فهذا الصُّلحُ باطلٌ لتناقُضِه، فإنَّ إقدامَه على الشِّراء منه دليلٌ أنَّها ملكُ البائع، ثمَّ الدَّعوى والصُّلحُ بعدها يُناقِضُه. قال في «جامع الفصولين»: ولو كان الشِّراءُ بعد الصُّلح؛ فالشِّراءُ صحيحٌ، والصُّلحُ باطلٌ. اهـ.

(قوله: إِلَّا فِي ثَلَاثٍ مَذْكُورَةٍ فِي بُيُوعِ «الأَشْبَاهِ»: الكَفَالَةِ[2]) أي: لزيادة التَّوثُّق، فلو أخذَ منه كفيلاً، ثمَّ أخذَ منه كفيلاً آخرَ؛ صحَّ ولا يبرأُ الأوَّلُ بكفالة الثَّاني كما في «الخانيَّة».

(١) «غمز عيون البصائر»: ٢/ ٢٧٨.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص١٧٦.

والشِّراءِ، والإجارةِ. فلتُراجعْ.

(أَقَامَ) المدَّعى عليه (بَيِّنَةً بَعْدَ الصُّلْحِ عَنْ إِنْكَارٍ أَنَّ الْمُدَّعِيَ قَالَ قَبْلَهُ) قبل الصُّلح:

(قوله: وَالشِّرَاءِ) أي: يصحُّ بعد الشِّراء ويبطلُ الأوَّل. أطلَقَه في «جامع الفصولين». وقيَّده في «القنية»: بأن يكون الثَّاني أكثرَ ثمناً من الأوَّل أو أقلَّ أو بجنسٍ آخرَ، وإلا؛ فلا يصحُّ. «أشباه»[1]. وفي «البحر»: وإذا تعدَّدَ الإيجابُ والقبولُ؛ انعقدَ الثَّاني وانفسخَ الأوَّلُ إن كان الثَّاني بأزيدَ من الأوَّل أو أنقصَ، وإن كان مِثلَه؛ لم ينفسخِ الأوَّلُ. انتهى[2]. قال في «التَّاترخانيَّة»: قال: "بِعتُك عبدي هذا بألفِ درهمٍ بِعتُكَه بمائةِ دينارٍ"، فقال المشتري: "قبلتُ"؛ يَنصرفُ إلى الإيجاب الثَّاني، ويكون بيعاً بمائةِ دينارٍ. ولو قال: "بِعتُك هذا العبدَ بألف درهمٍ"، وقَبِلَ المشتري، ثمَّ قال: "بِعْتُه منك بمائةِ دينارٍ في المجلس أو في مجلسٍ آخرَ"، وقال المشتري: "اشتريتُ"؛ يَنعقدُ الثَّاني وينفسخُ الأوَّلُ، وكذا لو باعَه بجنس الثَّمن الأوَّل بأقلَّ أو بأكثرَ، نحوُ: أن يَبيعَه منه بعشرةٍ، ثمَّ باعَه بتسعةٍ أو بأحدَ عشرَ، فإن باعَ بعشرةٍ؛ يَنعقدُ الثَّاني ويبقى الأوَّلُ بحاله. اهـ. فهذا مثالٌ لتكرار الإيجاب فقط، ومثالٌ لتكرار العقد.

(قوله: وَالإِجَارَةِ) أي: بعد الإجارة من المستأجِر الأوَّل، فالثَّانيةُ فسخٌ للأولى كما في «البزَّازيَّة»[3]. قال في «البحر»: وينبغي أنَّ المدَّةَ إذا اتَّحدتْ فيهما واتَّحدَ الأجران؛ لا تصحُّ الثَّانيةُ كالبيع[4]. وزادَ في «الفصولين»: الشِّراءَ بعد الصُّلح، فإنَّه يجوزُ ويبطلُ الصُّلحُ.

(قوله: عَنْ إِنْكَارٍ) إنَّما خصَّه؛ لأنَّ ما ذكرَه لا يتأتَّى عند الإقرار. قال في «جامع

(١) «الأشباه والنظائر»: ص١٧٦.

(٢) «البحر الرائق»: كتاب البيع: ٥/ ٢٨٦.

(٣) «الفتاوى البزازية»: كتاب الإجارات: ١/ ٤٢١.

(٤) «البحر الرائق»: كتاب البيع: ٥/ ٢٨٧.

("لَيْسَ لِي قِبَلَ فُلَانٍ حَقٌّ"؛ فَالصُّلْحُ مَاضٍ) على الصِّحَّة. (وَلَوْ قَالَ) المدَّعي (بَعْدَهُ: "مَا كَانَ لِي قِبَلَهُ) قِبَلَ المدَّعى عليه (حَقٌّ"؛ بَطَلَ) الصُّلحُ. «بحر».

الفصولين»: ادَّعى عليه ثوباً فأنكرَ، ثمَّ برهَنَ أنَّ المدَّعيَ أقرَّ قبل الصُّلح أنَّه ليس لي؛ لا يُقبلُ، ونفذَ الصُّلحُ والقضاءُ لافتداء اليمين. ولو برهَنَ أنَّه أقرَّ بعد الصُّلح أنَّ الثَّوبَ لم يكن له؛ بطلَ الصُّلحُ؛ لأنَّ المدَّعيَ بإقراره هذا زعمَ أنَّه أخذَ بدل الصُّلح بغير حقٍّ، بخلاف إقراره قبل الصُّلح؛ لجوازَ أن يملِكَه بعد إقراره قبل الصُّلح[1]. ذكره الحمويُّ[2].

(قوله: فَالصُّلْحُ مَاضٍ عَلَى الصِّحَّةِ) ولا تقبلُ البيِّنةُ؛ لاحتمال أنَّه ثبتَ له حقٌّ بعد هذا الإقرار، بخلاف المسألة الثَّانية، فإنَّه إقرارٌ من المدَّعي أنَّه مبطلٌ في دعواه. وذكر الشُّرنبلاليُّ في رسالة الإبراء عن هاشمٍ عن محمدٍ في توجيه المسألة: إنَّه إنَّما صالَحه على اعتبارِ أنَّه فدى يمينَه بالصُّلح، وافتداءُ اليمين بالمال جائزٌ، فكان إقدامُه على الصُّلح اعترافاً بصحَّة الصُّلح، فبدعواهُ بعد ذلك أنَّه لم يصحَّ الصُّلحُ صار متناقضاً، والمناقضةُ تمنعُ صحَّةَ الدَّعوى. وأفادَ تعليلَ الثَّانية بنحو ما ذكرناه، صورةُ ذلك: ادَّعى ثوباً، فأنكرَ، فصالَحَ على شيءٍ، ثمَّ أقام البيِّنةَ أنَّ المدَّعيَ قال قبل الصُّلح: "إنَّه لا حقَّ لي في هذا الثَّوب"؛ لا تقبلُ بيِّنتُه، ويكون الصُّلحُ والقضاءُ ماضيَيْن؛ لأنَّه افتدى لليمين حيث وقعَ عن إنكارٍ، فلا ينقضُ. أفاده بعضُ الفضلاء.

(قوله: بَطَلَ الصُّلْحُ) لأنَّه بإقراره هذا زعمَ أنَّه أخذَه بعد الصُّلح بغير حقٍّ، بخلاف إقراره قبل الصُّلح؛ لجواز أن يملكَه بعد إقراره قبل الصُّلح. والحاصلُ: أنَّ عدمَ قبول بيِّنته

---

(١) «جامع الفصولين»: الفصل العاشر: ١/ ١٤٦.

(٢) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٧٣- ٧٤.

قال المصنِّفُ: وهو مُقيِّدٌ لإطلاق «العماديَّة» ....

في الأولى لِمَا فيه من التَّناقض؛ لأنَّ التَّناقُضَ يمنعُ قبولَ البيِّنة لا لإقراره، بخلاف الثَّانية؛ لأنَّه لم يظهرْ وجهُ التَّناقض؛ لأنَّ الصُّلحَ ليس اعترافًا بالملك كما صرَّحوا به، فإنَّه يكون عن إقرارٍ وسكوتٍ وإنكارٍ.

(قوله: **قَالَ المُصَنِّفُ: وَهُوَ مُقَيِّدٌ لِإِطْلَاقِ «العِمَادِيَّةِ»**) نصُّه: وفي «العماديَّة»: ادَّعى، فأنكرَ، فصالَحَه، ثمَّ ظهرَ بعده أن لا شيءَ عليه؛ بطلَ الصُّلحُ. اهـ[1].

أقول: يجب أن يُقيَّدَ قولُه: ثمَّ ظهرَ: بغير الإقرار قبل الصُّلح لِمَا تقدَّم من مسألة «المختصر»، وبه صرَّح مولانا في «بحره». ح. ولا يخفى أنَّ علَّةَ مضيِّ الصُّلح على الصحَّة في مسألة المتن المتقدِّمة عدمُ قبول الشهَّادة لِمَا فيه من التَّناقض، فلم يظهرْ حينئذٍ أن لا شيءَ عليه، فلم تشمَلْها عبارةُ «العماديَّة». فافهمْ. أفاده سيدي الوالدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2].

أقول: لكن ليس هذا من التَّناقض المردود؛ لأنَّه يدَّعي أمراً كان خفيّاً عليه، وهو إقرارُ المدَّعي بعدم حقِّه في المدَّعى قبل الصُّلح، ولو كانت العلَّةُ ما ذكره؛ لَمَا صحَّتْ في الثَّانية أيضًا؛ لأنَّه متناقضٌ فيهما بعد إقدامه على الصُّلح، والعلَّةُ الصَّحيحةُ في ذلك: أنَّه إن ثبتَ أنَّه قال ذلك قبل الصُّلح؛ لا يكون مانعًا من صحَّة الصُّلح؛ لاحتمال حصول حقٍّ له بعد ذلك قبل الصُّلح، وفي الثَّانية لا يَحتملُ. قال في «الخلاصة» من آخر الدَّعوى: لو استعارَ من آخرَ دابَّةً فهلكتْ، فأنكرَ ربُّ الدَّابَّة الإعارةَ، فصالَحَه المستعيرُ على مالٍ؛ جازَ، فلو أقامَ المستعيرُ بيِّنةً بعد ذلك على العارية؛ قُبلتْ بيِّنتُه وبطلَ الصُّلحُ. اهـ. أي: لظهور أن

(١) «فصول الأحكام»: الفصل السابع: ص٢٥٠- ٢٥١ (رسالة جامعية ت: يحيى ملحم).

(٢) «رد المحتار»: ١٤/ ٣٦٦- ٣٦٧.

ثُمَّ نقلَ عن دعوى «البَزَّازيَّة»: أنَّه لو ادَّعى الملكَ بجهةٍ أخرى لم يَبطلْ ....

لا شيءَ. واللهُ أعلمُ. وفي «البَزَّازيَّة» أيضاً ما يُفيدُ أنَّ المرادَ بالظُّهور لا مِنْ طريقِ إقامة المصالَح البيِّنَةَ أنَّها لا تُقبلُ لِمَا فيه من التَّناقض، ونصُّ عبارته في كتاب الدَّعوى من: نوعٌ في الصُّلح: وفي «المنتقى»: ادَّعى ثوباً أو صالَحَ، ثمَّ برهَنَ المدَّعى عليه على إقرار المدَّعي أنَّه لا حقَّ له فيه: إن على إقراره قبل الصُّلح؛ فالصُّلحُ صحيحٌ، وإن بعد الصُّلح؛ يبطلُ الصُّلحُ، وإن عَلِمَ الحاكمُ إقرارَه بعدم حقِّه ولو قبل الصُّلح؛ يبطلُ الصُّلحُ، وعلمُه بالإقرار السَّابق كإقراره بعد الصُّلح. هذا إذا اتَّحدَ الإقرارُ بالملك بأن قال: "لا حقَّ لي بجهةِ الميراث"، ثمَّ قال: "إنَّه ميراثٌ لي عن أبي". فأمَّا غيرُه إذا ادَّعى ملكاً لا بجهة الإرثِ بعد الإقرار بعدم الحقِّ بطريق الإرث، بأن قال: "حقِّي بالشِّراء أو الهبة"؛ لا يبطلُ. اهـ[1].

(**قوله: ثُمَّ نَقَلَ**) أي: المصنِّفُ.

(**قوله: عَنْ دَعْوَى «البَزَّازِيَّةِ»**) عبارَتُها عن «المنتقى»: ادَّعى ثوباً وصالَحَ، ثمَّ برهَنَ المدَّعى عليه على إقرار المدَّعي أنَّه لا حقَّ له فيه: إن على إقراره قبل الصُّلح؛ فالصُّلحُ صحيحٌ، وإن بعد الصُّلح؛ يبطلُ الصُّلحُ، وإن عَلِمَ الحاكمُ إقرارَه بعدم حقِّه ولو قبل الصُّلح؛ يبطلُ الصُّلحُ، وعلمُه بالإقرار السَّابق كإقراره بعد الصُّلح. هذا إذا اتَّحدَ الإقرارُ بالملك بأن قال: "إنَّه ميراثٌ لي عن أبي"، ثم قال: "لا حقَّ لي من هذه الجهة"، فأمَّا إذا ادَّعى ملكاً لا بجهة الإرثِ بعد الإقرار بعدم الحقِّ بطريق الإرث، بأن قال: "حقِّي بالشِّراء أو الهبة"؛ لا يبطلُ. اهـ[2]. فظهرَ أنَّ مرادَه: أنَّه لو قال بعد الصُّلح: "لا حقَّ لي قِبَلَ المدَّعي"

---

(١) «الفتاوى البزازية»: كتاب الدعوى: ٢/ ٥٩.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٥٩، وعبارتُه موافقة للنقل المتقدم قبل أسطر.

فيُحرَّرُ. **(وَالصُّلْحُ عَنِ الدَّعْوَى الفَاسِدَةِ يَصِحُّ، وَعَنِ البَاطِلَةِ لَا)** والفاسدةُ: ما يُمكنُ تصحيحُها. «بحر».

إنَّما يبطلُ الصُّلحُ إذا أطلقَ. أمَّا إذا عيَّنَ بأن قال: "لا حقَّ لي من جهة الإرث" مثلاً، فقيل له: قد بطلَ الصُّلحُ فقال: "إنَّه حقِّي بجهة الشِّراء" مثلاً؛ بقي الصُّلحُ صحيحاً على حاله، وأنَّ علمَ الحاكم غيرُ معتبرٍ الآن على المفتى به.

(قوله: **فَيُحَرَّرُ**) ما نقله عن «البزَّازيَّة». أقول: لا يحتاجُ إلى تحريرٍ؛ لأنَّ ما ذكره البزَّازيُّ من قوله: "هذا إذا اتَّحدَ الإقرارُ" تقييدٌ لعدم صحَّة الصُّلح إذا أقرَّ المدَّعي، ولا إشكالَ فيه، ولعلَّه أرادَ تحريرَ ما قاله المصنِّفُ من تقييد ما في «العماديَّة»، فإنَّه غيرُ ظاهرٍ كما علمتَ. واللهُ تعالى أعلمُ.

فرعٌ: ذكرَ المصنِّفُ عن آخر الدَّعوى من «الخلاصة»: لو ادَّعى أنَّه استعارَ دابَّةَ فلانٍ وهلكتْ عنده، فأنكرَ المالكُ الإعارةَ وأرادَ التَّضمينَ، فصالَحه مدَّعي العارية على مالٍ، ثمَّ أقامَ بيِّنةً على العارية؛ قُبلت بيِّنتُه، وبطلَ الصُّلحُ.

(قوله: **عَنِ الدَّعْوَى الفَاسِدَةِ**) كدعوى وقعَ فيها تناقضٌ.

(قوله: **وَعَنِ البَاطِلَةِ**) كدعوى خمرٍ وخنزيرٍ من مسلمٍ.

(قوله: **وَالفَاسِدَةُ مَا يُمْكِنُ تَصْحِيحُهَا**) بالتَّوفيق في التَّناقض مثلاً، أي: والباطلةُ ما لا يمكنُ تصحيحُها، كما لو ادَّعى أنَّها أمتُه، فقالت: أنا حرَّةُ الأصل، فصالَحها عنه؛ فهو جائزٌ، وإن أقامتْ بيِّنةً على أنَّها حرَّةُ الأصل؛ بطل الصُّلحُ؛ إذ لا يمكن تصحيحُ هذه الدَّعوى بعد ظهور حريَّة الأصل. ومثالُ الدَّعوى التي يمكنُ تصحيحُها: لو أقامتْ بيِّنةً أنَّها كانتْ أمةَ فلانٍ أعتقَها عامَ أوَّل وهو يملِكُها، بعدما ادَّعى شخصٌ أنَّها أمتُه أي: وصالَحها؛ لا يبطلُ

الصُّلحُ؛ لأنَّه يمكن تصحيحُ دعوى المدَّعي وقت الصُّلح، بأن يقول: "إنَّ فلاناً الذي أعتقَكِ كان غَصبكِ منِّي"، حتَّى لو أقام بيِّنةً على هذه الدَّعوى؛ تُسمعُ. مدني. وقولُه هنا: "وهو يملكُها" جملةٌ حاليَّةٌ. ط[1].

أقول: وشهادةُ الشُّهود أنَّه أعتقَها وهو يملِكُها لا تُنافي ذلك؛ لأنَّ لهم أن يشهدوا بالملك له بظاهر اليد. تأمَّلْ. ومن الباطلةِ: الصُّلحُ عن دعوى حدٍّ، وعن دعوى أُجرةِ نائحةٍ أو مغنِّيةٍ أو تصويرِ محرَّمٍ. اهـ وعُلمَ أنَّ قولَه: قالتْ: "أنا حرَّةُ الأصل" أي: وبرهنتْ عليه، بدليل ما قال بعد ظهور حريَّةِ الأصل، فإنَّ الظُّهورَ بالبيِّنة، وبدليل ما قال في مقابلتها: "لو أقامتْ بيِّنةً أنَّها كانتْ... إلخ". وقولُ صاحب «الأشباه»: وهو توفيقٌ واجبٌ[2]؛ قال محشِّيه: في «شرح الوقاية» لصدر الشَّريعة: ومن المسائل المهمَّة: أنَّه هل يُشترطُ لصحَّة الصُّلح صحَّةُ الدَّعوى أم لا؟ فبعضُ النَّاس يقولون: يُشترطُ. ولكنَّ هذا غيرُ صحيحٍ؛ لأنَّه إذا ادَّعى حقّاً مجهولاً في دارٍ، فصُولحَ على شيءٍ؛ يصحُّ الصُّلحُ على ما مرَّ في باب الحقوق والاستحقاق، ولا شكَّ أنَّ دعوى الحقِّ المجهول دعوى غيرُ صحيحةٍ. وفي «الذَّخيرة» ألحقَ مسائلَ تؤيِّدُ ما قلناه[3]. قال الشَّيخ محمدٌ في «معين المفتي»: إذا علمتَ هذا علمتَ أنَّ الصَّحيحَ: عدمُ اشتراط صحَّة الدَّعوى لصحَّة الصُّلح، وعليه فلا يحتاجُ إلى التَّوفيق. اهـ.

أقول: إنَّما صحَّ الصُّلحُ في المسألة التي استندَ إليها صدرُ الشَّريعة؛ لأنَّ الدَّعوى فيها

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/٣٥٦.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٢.

(٣) «شرح الوقاية»: ٤/٢٤٢.

وحرَّرَ في «الأشباه»: أنَّ الصُّلحَ عن إنكارٍ بعد دعوى فاسدةٍ فاسدٌ، إلا في دعوى بمجهولٍ، فجائزٌ. فليُحفظْ.

يمكنُ تصحيحُها بتعيين الحقِّ المجهول وقت الصُّلح، على أنَّ دعوى أنَّ الصَّحيحَ عدمُ اشتراط صحَّة الدَّعوى مطلقاً سواءٌ أمكنَ تصحيحُ الدَّعوى أم لا ممنوعٌ؛ لِمَا في «الفتاوى البزَّازيَّة»: والذي استقرَّ عليه فتوى أئمَّة خوارزم: أنَّ الصُّلحَ عن دعوى فاسدةٍ لا يمكنُ تصحيحُها لا يصحُّ، والذي يمكنُ تصحيحُها كما إذا تركَ ذكرَ الحدِّ أو غَلِطَ في أحد الحدود يصحُّ[1].

وفي «مجمع الفتاوى»: سُئِلَ شيخُ الإسلام أبو الحسن عن الصُّلح عن الإنكار بعد دعوى فاسدةٍ: هل هو صحيحٌ أم لا؟ قال: لا، ولا بُدَّ أن تكون صحيحةً. اهـ. وقد ذكَرَ[2] بما ذكرنا: أنَّ قولَه: فلا يحتاجُ إلى التَّوفيق من عدم التَّوفيق. ذكره الحمويُّ[3]. وحينئذٍ فلا بُدَّ من التَّوفيق، فليُحرَّرْ.

(قوله: وَحَرَّرَ فِي «الأَشْبَاهِ») هذا التَّحريرُ غيرُ محرَّرٍ. وردَّه الرَّمليُّ وغيرُه بما في «البزَّازيَّة»: والذي استقرَّ عليه فتوى أئمَّة خوارزمَ: أنَّ الصُّلحَ عن دعوى... إلخ[4]، وهذا ما ذكره المصنِّفُ، وقد علمتَ أنَّه الذي اعتمدَه صدرُ الشَّريعة وغيرُه، فكان عليه المعوَّلُ.

(قوله: فَلْيُحْفَظْ) أقول: عبارةُ «الأشباه»: الصُّلحُ عن إنكارٍ بعد دعوى فاسدةٍ فاسدٌ كما في «القنية». ولكن في «الهداية» في مسائلَ شتَّى من القضاء: إنَّ الصُّلحَ عن إنكارٍ جائزٌ بعد

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ١٩٨.

(٢) في الحموي: (ظهر).

(٣) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٧٥- ٧٦.

(٤) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ١٩٨، «نزهة النواظر»: ٤/ ٤١٧ (ذيل غمز عيون البصائر).

(وَقِيلَ: اشْتِرَاطُ صِحَّةِ الدَّعْوَى لِصِحَّةِ الصُّلْحِ غَيْرُ صَحِيحٍ مُطْلَقًا) فيَصحُّ الصُّلحُ مع بطلانِ الدَّعوى كما اعتمدَه صدرُ الشَّريعة آخرَ الباب، وأقرَّه ابنُ الكمال وغيرُه في باب الاستحقاق ....

دعوى مجهولٍ[1]. فليُحفظْ ويحمل على فسادها بسبب مناقضة المدَّعي، لا لترك شرط المدَّعي كما ذكرَه، وهو توفيقٌ واجبٌ، فيقال: إلا في كذا. واللهُ تعالى أعلمُ. اهـ[2]. قال الحمويُّ: وعليه لا يظهرُ لهذا الحمل فائدةٌ؛ لأنَّ صاحبَ «الهداية» صرَّحَ بجواز الصُّلح فيها، سواءٌ كان فسادُها بسبب المناقضة أو لتركِ شرط الدَّعوى، فإذا صحَّ الصُّلحُ مع فسادها بأيِّ سببٍ كأن؛ خالَفَ ما في «القنية». فتأمَّلْ[3]. قال الرَّمليُّ وغيرُه: ما حرَّرَه في «الأشباه» غيرُ محرَّرٍ كما علمتَه آنفاً.

(قوله: وَقِيلَ: اشْتِرَاطُ صِحَّةِ الدَّعْوَى) تطويلٌ من غير فائدةٍ، فلو قال: وقيل: يصحُّ مطلقاً؛ لكان أوضحَ، وقد علمت المفتى به.

(قوله: كَمَا اعْتَمَدَهُ صَدْرُ الشَّرِيعَةِ آخِرَ البَابِ) قد علمتَ ما فيه من النَّظر، وقد علمتَ عبارتَه، وأنَّ المتبادرَ: أنَّه أرادَ الفاسدةَ بدليل التَّمثيل؛ لأنَّه يمكن تصحيحُها بتعيين الحقِّ المجهول... إلخ. قال الرَّمليُّ في «حاشيته على المنح» بعد نقل عبارته: أقول: هذا لا يُوجبُ كونَ الدَّعوى الباطلة كالفاسدة؛ إذ لا وجهَ لصحَّة الصُّلح عنها، كالصُّلح عن دعوى حدٍّ أو رباً وحُلوانِ الكاهن وأجرةِ النَّائحة والمغنِّية، ودعوى الضَّمان على الرَّاعي الخاصِّ أو المشتركِ إذا قال: أكلَها السَّبُعُ أو سُرقتْ، فصالَحه ربُّ الغنم على دراهمَ

---

(١) «الهداية»: ٣/ ١٠٩.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٢.

(٣) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٧٥.

كما مرَّ. فراجِعْه.

معلومةٍ؛ لا يجوزُ على قول أبي حنيفةَ كما في «الخانيَّة». فقولُ المصنِّف المتقدِّم في كتابه «معين المفتي» كما قدَّمْناه قريباً: الصَّحيحُ عدمُ اشتراط صحَّة الدَّعوى لصحَّة الصُّلح فيه نظرٌ؛ لأنَّه إن أرادَ بعدم الصحَّة: ما يشملُ الباطلَ؛ فهو باطلٌ، وإن أرادَ به: الفاسدَ؛ فقد قدَّمَه،. فتأمَّلْ. اهـ[1]. وكذا ذكرَ في «حاشيته على الفصولين» نقلاً عن المصنِّف بعد ذكرِ عبارة صدر الشَّريعة، قال ما نصُّه: فقد أفادَ أنَّ القولَ باشتراط صحَّة الدَّعوى لصحَّة الصُّلح ضعيفٌ. اهـ[2].

(قوله: كَمَا مَرَّ فَرَاجِعْهُ) أي: في باب الاستحقاق عند قوله: (ولا رجوعَ في دعوى حقٍّ مجهولٍ ممن دارٍ صُولِحَ على شيءٍ معيَّنٍ واستُحقَّ بعضُها؛ لجواز دعواه فيما بقيَ، ولو استُحقَّ كلُّها؛ ردَّ كلَّ العوضِ لدخول المدَّعى في المستحقِّ. واستُفيدَ منه ـ أي: من جواب المسألة ـ أمران: أحدُهما: صحَّةُ الصُّلح عن مجهولٍ على معلومٍ؛ لأنَّ جهالةَ السَّاقط لا تُفضي إلى المنازعة، والثَّاني: عدمُ اشتراط صحَّة الدَّعوى لصحَّته لجهالة المدَّعى به، حتَّى لو برهنَ لم يُقبلْ ما لم يدَّعِ إقرارَه به). اهـ. والحاصلُ: أنَّ ما استدلَّ به صدرُ الشَّريعة من أنَّه إذا ادَّعى حقّاً مجهولاً في دارٍ، فصُولحَ على شيءٍ يصحُّ الصُّلحُ؛ لا يفيدُ الإطلاقَ، بل إنَّما صحَّ الصُّلحُ فيه؛ لأنَّ الدَّعوى يمكن تصحيحُها بتعيين الحقِّ المجهول وقتَ الصُّلح، ومع هذا فقد علمتَ المفتى به مما استقرَّ عليه فتوى أئمَّةِ خوارزم من أنَّ الصُّلحَ إذا كان من دعوى فاسدةٍ لا يمكنُ تصحيحُها لا يصحُّ، وإن أمكن تصحيحُها يصحُّ. هذا غايةُ ما حقَّقه المحشُّون، فاغتنِمْه.

---

(١) «لوائح الأنوار»: ق٦٩/ب ولي الدين.

(٢) «اللآلئ الدرية»: الفصل الثلاثون: ٢/٤٨ (بهامش جامع الفصولين).

(وَصَحَّ الصُّلْحُ عَنْ دَعْوَى حَقِّ الشُّرْبِ، وَحَقِّ الشُّفْعَةِ، وَحَقِّ وَضْعِ الجُذُوعِ عَلَى الأَصَحِّ) الأصلُ: أنَّه متى توجَّهتِ اليمينُ نحوَ الشَّخص ....

(قوله: وَصَحَّ الصُّلْحُ عَنْ دَعْوَى حَقِّ الشُّرْبِ) والشُّربُ: هو نصيبُ الماء، وكذا مرورُ الماء في أرضٍ على ما يظهرُ. ط[1]. أي: فتسقطُ الدَّعوى، ولا يلزمُ من صحَّة الصُّلح لزومُ البدل؛ لِمَا تقدَّم من أنَّ الصُّلحَ عن الشُّفعة يُسقِطُها ولا يوجبُ البدلَ، وكذلك عن دعوى حقِّ الشُّرب ووضعِ جذوعٍ، فإنَّه دعوى حقٍّ لا يجوز الاعتياضُ عنه؛ إذ لا يجوز بيعُ الشُّرب ولا بيعُ حقِّ وضع الجذوع.

(قوله: وَحَقِّ الشُّفْعَةِ) معطوفٌ على (حقِّ الشُّرب)، أي: يجوز الصُّلحُ عن دعوى حقِّ الشُّفعة لدفع اليمين، أمَّا الصُّلحُ عن حقِّ الشُّفعة الثَّابتِ؛ فلا يجوزُ؛ لِمَا مرَّ أنَّه غيرُ مالٍ، فلا يجوز الاعتياضُ عنه.

(قوله: وَحَقِّ وَضْعِ الجُذُوعِ عَلَى الأَصَحِّ) لِمَا علمتَ من أنَّه يجوز الصُّلحُ عمَّا ذُكرَ في حقِّ سقوط الدَّعوى، ولا يلزمُ من صحَّة الصُّلح لزومُ البدل؛ لِمَا مرَّ أنَّ الصُّلحَ عن الشُّفعة... إلى آخر ما قدَّمْناه قريباً. قال الزَّيلعيُّ: ولو كان لرجلٍ ظلَّةٌ أو كَنيفٌ على طريق العامَّة، فخاصَمَه رجلٌ على نقضِه، فصالَحه على شيءٍ؛ كان الصُّلحُ باطلاً؛ لأنَّ الحقَّ في الطَّريق النَّافذ لجماعة المسلمين، فلا يجوز أن يُصالِحَ واحدٌ على الانفراد، بخلافِ ما إذا صالَحَ الإمامُ عنه على مالٍ حيث يجوز؛ لأنَّ للإمام ولايةً عامَّةً، وله أن يتصرَّفَ في مصالحهم، فإذا رأى في ذلك مصلحةً ينفذُ؛ لأنَّ الاعتياضَ من المشترك العامِّ جائزٌ من الإمام، ولهذا لو باعَ شيئاً من بيت المال صحَّ بيعُه. وبخلافِ ما إذا كان ذلك في طريقٍ

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٦.

في أيِّ حقٍّ كان، فافتدى اليمينَ بدراهمَ؛ جازَ حتَّى في دعوى التَّعزير. «مجتبى».

غير نافذٍ، فصالَحه رجلٌ من أهل الطَّريق حيث يجوزُ في حقِّه؛ لأنَّ الطَّريقَ مملوكةٌ لأهلها، فيظهرُ في حقِّ الأفراد، والصُّلحُ معه مفيدٌ؛ لأنَّه يسقطُ به حقُّه، ثمَّ يتوصَّلُ إلى تحصيل رضى الباقين، فيجوزُ. اهـ[1].

(قوله: فِي أَيِّ حَقٍّ كَانَ) ولو كان مما لا يقبلُ الاعتياضَ عنه.

(قوله: حَتَّى فِي دَعْوَى التَّعْزِيرِ) بأن ادَّعى أنَّه كفَّرَه أو ضلَّلَه أو رماهُ بسوءٍ ونحوه حتى توجَّهتْ عليه اليمينُ، فافتداها بدراهمَ، فإنَّه يجوزُ على الأصحِّ. «منح». وهذا يدلُّ على أنَّه يُستحلفُ في دعوى التَّعزير.

(قوله: «مُجْتَبَى») قال فيه بعد أن رمز سنح: صالَحَ عن دعوى حقِّ الشِّرب وحقِّ الشُّفعة أو حقِّ وضع الجذوع ونحوه، فقيل: لا يجوز افتداءُ اليمين؛ لأنَّه لا يجوز شراؤه قصداً، والأصحُّ: أنَّه يجوزُ؛ لأنَّ الأصلَ: أنَّه متى توجَّهتِ اليمينُ نحوَ الشَّخص بأيِّ حقٍّ كان، فافتدى اليمينَ بدراهمَ؛ يجوز على الأصحِّ. قلتُ: وهذا يدلُّ على أنَّه يُستحلفُ في دعوى التَّعزير. قال: وكذلك إن صالَحَه من يمينه على عشرةٍ أو من دعواهُ؛ فهو كلُّه جائزٌ. اهـ[2]. وهذا منافٍ لِمَا قدَّمه أوَّلَ الباب من أنَّ شرطَ صحَّة الصُّلح: كونُ المصالَح عليه حقّاً يجوز الاعتياضُ عنه، وما في «المجتبى» أعمُّ منه كما ترى. ولعلَّ التَّوفيق أن يقال: إنَّه جائزٌ في حقِّ المدَّعى عليه لدفع الخصومة عنه، لا في حقِّ المدَّعي إذا كان حقّاً لا يجوزُ الاعتياضُ عنه؛ لأنَّ ما يأخذُه عِوَضٌ عن حقِّه في زعمه، فلا بُدَّ من إمكان الاعتياض عن حقِّه، ولعلَّه

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٣٧.

(٢) «المجتبى»: ٣/ ٤١٠، وفيه: (شح) بدل (سنح)، وهو رمز شمس الأئمة الحلواني.

بخلاف دعوى حدٍّ ونسبٍ. «درر».

(الصُّلْحُ إِنْ كَانَ بِمَعْنَى المُعَاوَضَةِ) بأن كان دَيناً بعينٍ ....

في «المجتبى» يُفرِّقُ بين الصُّلح عن الشُّفعة وعن دعوى الشُّفعة، فلا يصحُّ في الأوَّل كما أطبقوا عليه من عدم لزوم البدلِ ووجوبِ ردِّه بعد أخذه، ويصحُّ في الثَّاني. فليُحرَّرْ.

(قوله: بِخِلَافِ دَعْوَى حَدٍّ) أي: لا يصحُّ الصُّلحُ عنها؛ لِمَا عرفتَ أنَّ الصُّلحَ لا يجوزُ في حقِّ الله تعالى ولو حدَّ قذفٍ، ولا عن الإبراءِ منه. «منح». قال في «الفوائد الزَّينيَّة»: لا يصحُّ الصُّلحُ عن الحدود ولا يسقطُ به، إلا حدَّ القذف إلا إذا كان قبل المرافعة كما في «الخانيَّة».

(قوله: وَنَسَبٍ) كما إذا ادَّعتْ أنَّ هذا ولدُه منها، فصالَحَها لتركِ دعواها؛ فالصُّلحُ باطلٌ؛ لأنَّ الصُّلحَ إمَّا إسقاطٌ أو مُعاوضةٌ، والنَّسبُ لا يحتمِلُهما. «درر»[1]. وأطلَقَه، فشملَ ما لو كانت الدَّعوى من المطلَّقةِ أنَّه ابنُ المطلِّق منها، أو الدَّعوى من الابن أنَّه ابنُه منها، وجحدَ الرَّجلُ، فصالَحَ عن النَّسب على شيءٍ؛ فالصُّلحُ باطلٌ في كِلْتا الصُّورتين؛ لِمَا سبق أنَّ النَّسبَ لا يقبلُ الاعتياضَ مطلقاً، وعليه إطلاقُ المصنِّف في الدَّعوى وفي عدم احتمال النَّسب المعاوضةَ. هذا، فظهرَ أنَّ من أرادَ التخصيصَ بالصُّورة الأولى لم يُصِبْ كما لا يخفى.

(قوله: بِأَنْ كَانَ دَيْناً بِعَيْنٍ) أي: بدلُ الصُّلح دَيْناً والمصالَحُ عليه عيناً، أو عكسه، فالباءُ للمقابلة والعِوَض، وكذا بدَيْنٍ من غير جنسِه كالدَّراهم عن الدَّنانير وعكسه؛ كان ذلك معاوضةً إن كان بإقرارٍ، وكذا بإنكارٍ وسكوتٍ في حقِّ المدَّعي، والمعاوضةُ تصحُّ

(1) «درر الحكام»: ٢/ ٣٩٨.

(**يَنْتَقِضُ بِنَقْضِهِمَا**) أي: بفسخِ المتصالحَيْن، (**وَإِنْ كَانَ لَا بِمَعْنَاهَا**) أي: المعاوضةِ، بل بمعنى استيفاء البعض وإسقاطِ البعض، (**فَلَا**) تصحُّ إقالتُه ولا نقضُه؛ لأنَّ السَّاقطَ لا يَعودُ. «قنية» و«صيرفيَّة». فليُحفظْ.

الإقالةُ فيها، فلذا يَنتقضُ بنقضهما، أي: لو فسخَ ذلك الصُّلح المتصالحان انفسخَ؛ لجواز الإقالة فيه كما تقدَّم أوَّلَ الكتاب. وفي نسخةٍ: (بدَيْنٍ) عوضاً عن قوله: (بعين)، ومثلُه فيما يظهرُ: العينُ بالعين.

(**قوله: يَنْتَقِضُ بِنَقْضِهِمَا**) أي: بفسخ المتصالِحَين، أي: لو فسخَ ذلك الصُّلحُ المتصالحان انفسخَ؛ لجواز الإقالة فيه.

(**قوله: بَلْ بِمَعْنَى... إلخ**) وذلك الصُّلحُ عن الدَّين ببعضه، فإنَّه أخذٌ لبعض حقِّه وإسقاطٌ للباقي، فلا يَنتقضُ بنقضهما؛ لأنَّه قد سقطَ، والسَّاقطُ لا يعودُ.

(**قوله: «قُنْيَة» وَ«صَيْرَفِيَّة»**) الأَوْلى الاختصارُ على العزو إلى «القنية»؛ لأنَّه في «الصَّيرفيَّة» نقلَ الخلافَ في الصحَّة وعدمها مطلقاً، وأمَّا في «القنية»؛ فقد حكى القولين، ثمَّ وفَّق بينهما بما هنا بحثاً منه، فقال: الصَّوابُ: أنَّ الصُّلحَ إن كان... إلخ. وحاصلُه: أنَّ الصُّلحَ إن كان بمعنى المعاوضة يَنتقضُ بنقضهما، وإن كان بمعنى: استيفاءِ البعض وإسقاطِ البعض لا ينتقضُ بنقضهما.

أقول: والذي يظهرُ لي: أنَّ الصُّلحَ إن تحصَّلَ من فسخه ثمرةٌ، بأن وُجدتِ البيِّنةُ أو تُوسِّمَ الإقرارُ أو النُّكولُ يصحُّ، وقولُهم: "السَّاقطُ لا يعودُ" لا يَردُ علينا؛ لأنَّ السَّاقطَ في هذا الباب إنَّما هو قضاءً لا ديانةً، فهو في الحقيقة باقٍ غيرُ ساقطٍ، وإن لم تَظهرْ ثمرةٌ من الفسخ؛ يُفتى برواية عدم الصحَّة.

(وَلَوْ صَالَحَ عَنْ دَعْوَى دَارٍ عَلَى سُكْنَى بَيْتٍ مِنْهَا أَبَداً، أَوْ صَالَحَ عَلَى دَرَاهِمَ إِلَى الحَصَادِ، أَوْ صَالَحَ مَعَ المُودَعِ بِغَيْرِ دَعْوَى الهَلَاكِ؛ لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ) في الصُّوَر الثَّلاث. «سراجيَّة» ....

(قوله: وَلَوْ صَالَحَ) العلَّةُ فيه ما تقدَّم فيما لو صالَحه على بيتٍ منها، وقد تقدَّم أنَّ فيها يصحُّ الصُّلحُ، ويُجعلُ إبراءً عن دعوى الباقي في ظاهر الرِّواية، فينبغي أن يكون هنا كذلكَ. قاله الرَّحمتيُّ. لكن قال سيدي الوالدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قيَّد بالسُّكنى؛ لأنَّه لو صالَحه على بيتٍ منها؛ كان وجهُ عدم الصحَّة: كونَه جزءاً من المدَّعى بناءً على خلاف ظاهر الرِّواية الذي مشى عليه في المتن سابقاً، وقيَّد بقوله: (أبداً) ـ ومثلُه: حتَّى يموتَ كما في «الخانيَّة» ـ؛ لأنَّه لو بيَّنَ المدَّةُ؛ يصحُّ؛ لأنَّه صلحٌ على منفعةٍ، فهو في حكم الإجارة، فلا بُدَّ من التَّوقيت كما مرَّ. وقد اشتبهَ الأمرُ على بعض المحشِّين. اهـ[1].

(قوله: إِلَى الحَصَادِ) لأنَّه أجلٌ مجهولٌ، فيؤدِّي إلى المنازعة، ولأنَّه بيعٌ معنىً، فيُفسدُه جهالةُ الأجل.

(قوله: أَوْ صَالَحَ مَعَ المُودَعِ بِغَيْرِ دَعْوَى الهَلَاكِ) أي: الدَّعوى من المودع لم يصحَّ الصُّلحُ في الصُّور الثَّلاثة. أمَّا الأولى؛ فلأنَّه صلحٌ عن بعضٍ ما يدَّعيه، وقد تقدَّم أنَّه باطلٌ. وأمَّا الثَّانيةُ؛ فلأنَّ الصُّلحَ بيعٌ معنىً كما ذكرنا، وهاتان المسألتان من مسائل «السِّراجيَّة» التي نقلها عنها صاحبُ «المنية»[2]. وأمَّا الثَّالثةُ؛ فعلى أربعةِ أوجهٍ: الأوَّلُ: ادَّعى صاحبُ المال الإيداعَ وجحدَ المودعُ، ثمَّ صالَحه على شيءٍ معلومٍ؛ جاز الصُّلحُ في قولهم؛ لأنَّ الصُّلح يُبنى جوازُه على زعم المدَّعي، وفي زعمه أنَّه صارَ غاصباً بالجحود، فيجوز

(١) «رد المحتار»: ١٤/ ٣٧١.

(٢) «الفتاوى السراجية»: ص٥٢١.

قَيَّدَ بعدم دعوى الهلاك؛ لأنَّه لو ادَّعاهُ وصالَحَه قبل اليمين؛ صحَّ، به يُفتى. «خانيَّة».

الصُّلحُ معه. الثَّاني: إذا ادَّعى صاحبُ المال الوديعةَ وطالبَه بالردِّ، فأقرَّ المستودَعُ بالوديعة وسكتَ ولم يقل شيئاً، وصاحبُ المال يدَّعي عليه الاستهلاكَ، ثمَّ صالَحَه على شيءٍ معلومٍ؛ جاز الصُّلحُ في قولهم أيضاً. الثَّالثُ: ادَّعى الاستهلاكَ والآخرُ الردَّ أو الهلاكَ، ثمَّ صالَحَه؛ جازَ في قول محمدٍ وأبي يوسف الأوَّلِ، وعليه الفتوى، وأجمعوا على أنَّه لو صالَحَ بعد حلفِ المستودع أنَّه ردَّ أو هلكَ لا يجوزُ. الرَّابعُ: إذا ادَّعى المودَعُ الردَّ أو الهلاكَ، وصاحبُ المال لا يُصدِّقُه في ذلك ولا يُكذِّبُه، بل سكتَ؛ ذكرَ الكرخيُّ: أنَّه لا يجوزُ هذا الصُّلحُ في قول أبي يوسفَ الأوَّل، ويجوزُ في قول محمدٍ، ولو ادَّعى صاحبُ المال الاستهلاكَ والمودَعُ لم يُصدِّقْه في ذلك ولم يُكذِّبْه، فصالَحَه على شيءٍ؛ ذكرنا أنَّه يجوزُ هذا الصُّلحُ في قولهم. اهـ كما في «المنح». فقد ظهرَ من هذا: أنَّ الصُّلحَ بغير دعوى الهلاك يصحُّ كما سمعتَه، ولم يذكرْ فيما إذا أقرَّ بالوديعة وصالَحَه عليها، والذي يقتضيه الفقهُ جوازُه؛ لأنَّه صلحٌ عن مالٍ بمالٍ بإقرارٍ. تأمَّلْ.

(قوله: **قَيَّدَ بِعَدَمِ دَعْوَى الهَلَاكِ**) صادقٌ بسكوته وبدعواه الردَّ، وقد تقدَّم أنَّه يصحُّ الصُّلحُ فيهما.

(قوله: **لِأَنَّهُ لَوِ ادَّعَاهُ**) أي: الهلاكَ، والمالكُ يدَّعي أنَّه استهلَكَه.

(قوله: **وَصَالَحَهُ قَبْلَ اليَمِينِ**) أمَّا لو صالَحَه بعد حلف المستودعِ أنَّه هلكَ أو ردَّ؛ لا يجوز الصُّلحُ إجماعاً. وفيه: أنَّ ذلك داخلٌ في مسألة المصنِّف المذكورة بعدُ، وفيها خلافٌ كما ذكره المصنِّفُ.

(قوله: «**خَانِيَّة**») هذا ما نقله في «المنح» عنها، لكن سقطَ من عبارته شيءٌ اختلَّ به المعنى، فإنَّه قال في الوجه الثَّالث: جاز الصُّلحُ في قول محمدٍ وأبي يوسفَ الأوَّل، وعليه الفتوى.

(وَيَصِحُّ) الصُّلحُ (بَعْدَ حَلِفِ المُدَّعَى عَلَيْهِ..........

والذي رأيتُه في «الخانيَّة»: أنَّ الفتوى على عدم الجواز. وبقيَ خامسةٌ ذكرها المقدسيُّ، وهيَ: ادَّعى ربُّها الاستهلاكَ فسكتَ؛ فصُلحُه جائزٌ. لكن هذا هو الثَّاني في «الخانيَّة». ثم اعلم أنَّ كلامَ الماتن والشَّارح غيرُ محرَّرٍ؛ لأنَّ قولَه: (بغير دعوى الهلاك) شاملٌ للجحود والسُّكوت، ودعوى الردِّ هو الوجهُ الأوَّل والثَّاني وأحدُ شِقَّي الثَّالث والرَّابع، وقد علمتَ أنَّه في الأوَّل والثَّاني جائزٌ اتِّفاقاً، وكذا في أحد شقَّي الثَّالث والرَّابع على الرَّاجح. والصَّوابُ أن يقول: (بعد دعوى الردِّ أو الهلاك) بإسقاط "غير" والتَّعبيرِ بـ"بعد" وزيادةِ الردِّ، فيدخلُ فيه الوجهُ الثَّالثُ بناءً على المفتى به، الوجهُ الرَّابعُ بناءً على قول أبي يوسفَ، وهو المعتمدُ؛ لتقديم صاحب «الخانيَّة» إيَّاه كما هو عادتُه. وقوله: (لأنَّه لو ادَّعاه) أي: الهلاكَ شاملٌ لِمَا إذا ادَّعى المالكُ الاستهلاكَ، وهو أحدُ شقَّي الوجه الثَّالث، أو سكتَ، وهو أحدُ شقَّي الرَّابع، وعلمتَ ترجيحَ الجواز فيهما، فقوله: (صحَّ به يفتى) في غير محلِّه، وقولُه: (وصالَحه قبل اليمين) هذا واردٌ على إطلاق المتن أيضاً، ورأيتُ عبارةَ «الأشباه» نحو ما ذكرنا، ونصُّها: الصُّلحُ عقدٌ يرفعُ النِّزاعَ، ولا يصحُّ مع المودَعِ بعد دعوى الهلاك؛ إذ لا نِزاعَ[1]. ثمَّ رأيتُ عبارةَ متن «المجمع» مثل ما قلتُه، ونصُّها: وجاز صلحُ الأجير الخاصِّ والمودَعِ بعد دعوى الهلاك أو الردِّ[2]. ولله الحمدُ. أفاده سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللَّهُ[3].

(قوله: وَيَصِحُّ الصُّلْحُ... إلخ) أي: لو ادَّعى مالاً، فأنكرَ وحلفَ، ثمَّ ادَّعاه عند قاضٍ آخرَ، فأنكرَ، فصولحَ؛ صحَّ. ولا ارتباطَ لهذه بمسألة الوديعة.

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٢.

(٢) «مجمع البحرين»: ص٤٥٦، وفيه: (وأجاز)، وضميره لمحمد.

(٣) «رد المحتار»: ١٤/ ٣٧٤.

دَفْعًا لِلنِّزَاعِ) بإقامة البيِّنة، ولو برهَنَ المدَّعي بعدَه على أصل الدَّعوى؛ لم تُقبلْ، إلا في الوصيِّ عن مال اليتيم على إنكارٍ إذا صالَحَ على بعضه ثمَّ وجدَ البيِّنةَ، فإنَّها تُقبلُ، .....

(**قوله: دَفْعًا لِلنِّزَاعِ**) علَّةٌ لقوله: (يصحُّ)، وقولُه: (بإقامة البيِّنة) متعلِّقٌ بـ(النِّزاع)، يعني: أنَّ الصُّلحَ عن الإنكار يكون افتداءً لليمين وقطعًا للنِّزاع، وبعد الحلف يصحُّ؛ للاحتياج إلى قطع النِّزاع، فإنَّ المدَّعيَ يمكنُه بعد اليمين أن يأتيَ بالبيِّنة، فلم يكن اليمينُ قاطعًا للنِّزاع، بل القاطعُ له الصُّلحُ، ولذا قال: (ولو برهَنَ المدَّعي بعده على أصل الدَّعوى لم تُقبلْ)؛ لأنَّ بالصُّلح قد أبرأَه عن الدَّعوى، فسقطَ توجُّهُها عليه، والسَّاقطُ لا يعودُ.

(**قوله: بَعْدَهُ**) أي: بعد الصُّلح، أي: وإن لم يكن هناك حلفٌ.

(**قوله: إِلَّا فِي الوَصِيِّ**) ومثلُه: الأبُ.

(**قوله: عَنْ مَالِ اليَتِيمِ**) أي: إذا صالَحَ عن مال اليتيم. وقولُه: (إذا صالَحَ على بعضه) بدلٌ من هذا المقدَّر. ط[1]. ويمكن أن تكون "عن" بمعنى "في"، أي: في ماله إذا صالَحَ عن إنكارٍ على بعضه، فـ"عن" بمعنى "في"، وقولُه: (على إنكار) "على" بمعنى "عن" متعلِّقٌ بـ(صالَحَ)، أي: ولم يكن هناك بيِّنةٌ، أمَّا إذا كان الخصمُ مُقِرّاً بدَيْن اليتيم أو كان عليه بيِّنةٌ؛ فالذي يؤخذُ من المفهوم: أنَّه لا يجوز الصُّلحُ على البعض لعدم المصلحة لليتيم، وصرَّحَ بذلك في «أدب الأوصياء».

(**قوله: فَإِنَّهَا تُقْبَلُ**) لأنَّه إنَّما يتصرَّفُ له بحسب المصلحة، فيجوزُ صُلحُه عند عدم البيِّنة، فإذا وُجدتِ البيِّنةُ تبيَّنَ أنْ لا مصلحةَ في هذا الصُّلح، وأنَّه باطلٌ، فتقبلُ البيِّنةُ. وصرَّح في «البزَّازيَّة»: بأنَّ البيِّنةَ لو موجودةً عند الصُّلح وفيه غبنٌ؛ لا يصحُّ الصُّلحُ. اهـ[2].

وهو مستفادٌ أيضًا من كلام الشَّارح.

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٧.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٠٢.

ولو بلغَ الصبيُّ فأقامها؛ تُقبلُ، ولو طلبَ يمينَه لا يُحلفُ. «أشباه»[1]. (وَقِيلَ: لا) جزمَ بالأوَّل في «الأشباه»، وبالثَّاني في «السِّراجيَّة»، ....

(قوله: وَلَوْ بَلَغَ الصَّبِيُّ فَأَقَامَهَا تُقْبَلُ) يعني: إذا ادَّعى وصيٌّ أو أبٌ على رجلٍ ألفاً لليتيم ولا بيِّنةَ له، وصالَحَ بخمسمائةٍ عن ألفٍ عن إنكارٍ، ثمَّ وُجدَ بيِّنةٌ عادلةٌ؛ فله أن يُقيمَها على الألف، سواءٌ في ذلك الأبُ أو الوصيُّ أو اليتيمُ بعد بلوغه.

قال في «القنية»: وفائدةُ قوله في الكتاب: إذا لم يكن للأب أو الوصيِّ بيِّنةٌ على ما يدَّعي الصبيُّ، فصالَحَ بأقلَّ منه يجوز أن تمتنعَ دعواهما في الحال ودعوى الصبيِّ بعد البلوغ في حقِّ الاستحلاف، فليس لهم أن يُحلِّفوه، وإنَّما لهم إقامةُ البيِّنة كما في «حاشية الأشباه»[2].

(قوله: وَلَوْ طُلِبَ) بالبناء للمجهول، أي: لو طلبَ الوصيُّ بعد الصُّلح يمينَ المدَّعى عليه، أو طَلَبَه اليتيمُ بعد بلوغه كما في «حواشي الأشباه».

(قوله: وَقِيلَ: لا) أي: لا يصحُّ الصُّلحُ بعد حلف المدَّعى عليه؛ لأنَّ اليمينَ بدلٌ عن المدَّعى، فإذا حلفَ فقد استوفى البدلَ، فلا يصحُّ. وقدَّمْناه عن «القنية» قريباً.

(قوله: جَزَمَ بِالأَوَّلِ فِي «الأَشْبَاهِ»[3]) هو روايةُ محمدٍ عن الإمام.

(قوله: وَبِالثَّانِي فِي «السِّرَاجِيَّةِ»[4]) وهو قولُهما، وهو الصَّحيحُ كما في «معين المفتي»، وكذا جزمَ به في «البحر»[5]. قال الحمويُّ: وما مشى عليه في «الأشباه» روايةُ محمدٍ عن

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٢ عن «القنية».

(٢) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٧٣.

(٣) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٢.

(٤) «الفتاوى السراجية»: ص٥٢٢.

(٥) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٦.

وحكاهما في «القنية» مقدِّماً للأوَّل.

(طَلَبُ الصُّلْحِ وَالإِبْـرَاءِ عَنِ الدَّعْوَى لَا يَكُونُ إِقْـرَاراً) بالدَّعوى عند المتقدِّمين،

أبي حنيفةَ، وما مشى عليه في «البحر» قولُهما، وهو الصَّحيحُ. انتهى[1]. وجعلَه نظيرَ الصُّلح مع المودع بعد دعوى الاستهلاك، أي: فإنَّه لا يصحُّ. قال المصنِّفُ في «منحه»: وبالأوَّل جزمَ ابنُ نُجَيمٍ في «الفوائد الزَّينيَّة»، ولم يَعزُه إلى كتابٍ معروفٍ. وقيل: لا يصحُّ، ذكره صاحبُ «السِّراجيَّة» ولم يحكِ به خلافاً. انتهى. إنَّما ذكرَ الخلافَ في «القنية» كما يأتي بعده قريباً.

(قوله: وَحَكَاهُمَا فِي «القُنْيَةِ») فقال: ادَّعى عليه مالاً، فأنكرَ وحلفَ، ثمَّ ادَّعاه عند آخرَ، فأنكرَ، فصُولحَ؛ لا يصحُّ، وقيل: يصحُّ، وروي عن الإمام. ووجهُ القول بعدم الصحَّة: أنَّ اليمينَ بدلُ المدَّعى، فإذا حلَّفَه فقد استوفى البدلَ، فلا يصحُّ. انتهى.

(قوله: مُقَدِّمـاً لِلْأَوَّلِ) صوابُه: للثَّاني على ما نقله الحمويُّ، وعلى ما سمعتَ من عبارته.

(قوله: طَلَبُ الصُّلْحِ وَالإِبْرَاءِ) الواو هنا وفيما يأتي بمعنى "أو"، ومثلُهما: طلبُ تأخير الدَّعوى كما في «الخلاصة».

(قوله: لا يَكُونُ إِقْراراً بِالدَّعْوَى) أي: بالمدَّعى به. كذا في «البزَّازيَّة» في بحث الاستثناء من كتاب الإقرار[2]. وفي «الخلاصة»: لو قال: "أَخِّرْها عنِّي" أو "صالِحْني"؛ فإقرارٌ، ولو قال: "أبرِئْني عن هذه الدَّعوى"، أو "صالِحْني عن هذه الدَّعوى"؛ لا يكون إقراراً، وكذا في دعوى الدَّار. انتهى. وفي «البزَّازيَّة»: إذا صالَحه من حقِّه؛ فقد أقرَّ بالحقِّ، والقولُ في بيان

(١) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٧٢ عن «معين المفتي».

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ١٩٩.

وخالَفَهم المتأخِّرونَ، والأوَّلُ أصحُّ. «بزازيَّة». (**بِخِلَافِ طَلَبِ الصُّلْحِ**) عن المال (**وَالإِبْرَاءِ عَنِ المَالِ**) فإنَّه إقرارٌ. «أشباه»[1].

(**صَالَحَ عَنْ عَيْبٍ**) أو دينٍ، (**وَظَهَرَ عَدَمُهُ**، ....

الحقَّ له؛ لأنَّه المجمِلُ، وإن صالَحَه من دعوى الحقِّ لم يكن إقراراً. انتهى[2]. ووجهُه: أنَّ الصُّلحَ عن الدَّعوى أو الإبراءَ عنها المقصودُ منه: قطعُ النِّزاع، فلا يفيدُ ثبوتَ الحقِّ، بخلاف طلب الصُّلح أو الإبراء عن الحقِّ، فإنَّه يقتضي ثبوتَه، وحينئذٍ يلزمُه المدَّعى به.

(قوله: **وَالأَوَّلُ أَصَحُّ. «بَزَّازِيَّة»**[3]) قال الشَّيخُ أبو الطَّيب: عزوُ الشَّارح إلى «البزَّازيَّة» فيه ما فيه؛ لأنَّ هذه المسألةَ بتمامها ليستْ فيها، وإنَّما فيها دعوى البراءة... إلخ. وأمَّا ما في «الصَّيرفيَّة»؛ فهو الموافقُ لِمَا في المتن، وليس من عادة «البزَّازيَّة» أن تنقلَ عن «الصَّيرفيَّة». فليتأمَّلْ. اهـ.

(قوله: **عَنْ عَيْبٍ**) أيَّ عيبٍ كان، بياضاً في العين أو حَبَلاً أو تزوُّجاً.

(قوله: **وَظَهَرَ عَدَمُهُ**) أي: العيب أو الدَّين، بأن ظهرَ أنْ لا دَينَ عليه أصلاً، أو أنَّه على غيره. وعبارةُ «الغرر» كهذا المتن: صالَحَ عن عيبٍ، فظهرَ عدمُه أو زالَ؛ بطلَ الصُّلحُ[4]. فلو قال الشَّارحُ بعد قوله: (فظهرَ عدمُه): أو عن دينٍ فظهرَ كذلك؛ كان أوضحَ؛ لأنَّ عبارتَه هذه ظاهرةٌ في أنَّ ضميرَ (عدمه) للدَّيْن، وضميرَ (زال) للعيب والحالُ أنَّهما للعيب. وصورةُ العيب ـ على ما في «الدُّرَر» عن «العماديَّة» ـ: ادَّعى عيباً في جاريةٍ اشتراها، فأنكرَ البائعُ، فاصطلَحا على مالٍ على أن يُبرئَ المشتري البائعَ من ذلك العيب، ثمَّ ظهرَ أنَّه لم

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٢.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ١٦٥.

(٣) «الفتاوى البزازية»: كتاب الدعوى: ٢/ ٥٦.

(٤) «درر الحكام شرح غرر الأحكام»: ٢/ ٤٠٢.

أَوْ زَالَ) العيبُ **(بَطَلَ الصُّلْحُ)** ويردُّ ما أخذَه. «أشباه» و«درر»[(١)].

يكن بها عيبٌ، أو كان ولكنَّه قد زالَ؛ فللبائع أن يَستردَّ بدلَ الصُّلح. انتهى[(٢)]. وقال في «المنح» عن «السِّراجيَّة»: اشترى حيوانا، فوجدَ بعينه بياضـًا، فصالَحَه منه على دراهمَ، ثمَّ ذهب البياضُ؛ بطلَ الصُّلحُ. انتهى[(٣)]. وفي «البدائع»: ولو صالَحَه من العيب، ثمَّ زالَ العيبُ بأن كان بياضـًا في عين العبد فانجلى؛ بطلَ الصُّلحُ. انتهى[(٤)]. قاله أبو الطَّيب.

أقول: وفي «المنح» فروعٌ نفيسةٌ، فراجِعْها إن شئتَ.

(قوله: أَوْ زَالَ العَيْبُ... إلخ) عزاه في «الدرر» إلى «العمادية»[(٥)]. لكن في «منية المفتي» ما يُناقضُه، وعبارَتُها: اشترى حيوانـًا، فوجدَ في عينه بياضـًا، فصالَحَه على دراهمَ، ثمَّ ذهب البياضُ؛ يصحُّ الصُّلحُ. اهـ. لكن ما نقله الشَّارحُ ذكره من نَقَلْنا عنهم كما سمعتَ، وذكره مؤيَّد زاده عن «الخزانة»، ونصُّها: ادَّعى المشتري العيبَ وأنكرَ البائعُ، فاصطَلَحا على أن يردَّ البائعُ شيئـًا من الثَّمن، ثمَّ تبيَّنَ أنَّه لم يكن بالمبيع عيبٌ؛ كان على البائع أن يستردَّ ما أدَّى، كما لو كان العيبُ مُتحقِّقـًا ثمَّ زال بعد الصُّلح. وعلى هذا لو ادَّعى على إنسانٍ حقـًّا أو مالاً، ثمَّ صالَحَه على مالٍ، فتبيَّنَ أنَّه لم يكن عليه ذلك المالُ أو ذلك الحقُّ، أي: أن لم يكن ثابتـًا؛ كان للمدَّعى عليه حقُّ استرداد كلِّ المال. اهـ. واللهُ تعالى أعلمُ، وأستغفر اللهَ العظيمَ.

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٢، «درر الحكام»: ٢/ ٤٠٣.

(٢) «فصول الأحكام»: الفصل الخامس والعشرون: ق١٦٨/ ب عن كتاب البيوع من كتاب «الأحكام»، «درر الحكام»: ٢/ ٤٠٢- ٤٠٣.

(٣) «الفتاوى السراجية»: ص٥٢٢.

(٤) «بدائع الصنائع»: ٦/ ٥١.

(٥) «فصول الأحكام»: الفصل الخامس والعشرون: ق١٦٨/ ب فيض الله، «درر الحكام»: ٢/ ٤٠٣.

(فَصْلٌ فِي دَعْوَى الدَّيْنِ)

(الصُّلْحُ الوَاقِعُ عَلَى بَعْضِ جِنْسِ مَا لَهُ عَلَيْهِ) من دينٍ ....

(فَصْلٌ فِي دَعْوَى الدَّيْنِ)

وهو الذي يثبتُ في الذمَّة. عيني[1]. والأَوْلى أن يقول: فصلٌ في الصُّلح عن دعوى الدَّين، ويقال مثلُه في العبارة الآتية للمصنِّف. قال الحمويُّ: لَمَّا ذكرَ الصُّلحَ مطلقاً في عموم الدعاوى؛ ذكرَ الصُّلحَ في الدَّين؛ لأنَّه صلحٌ مقيَّدٌ، والمقيَّدُ بعد المطلق. اهـ[2]. لأنَّ ما ذكره في هذا الباب حكمُ الخاصِّ، وهو دعوى الدَّين؛ لأنَّ الخصوصَ أبداً يكون بعد العموم، والأصلُ: أنَّه متى كان المصالَحُ عليه أدونَ من حقِّه قَدْراً ووصفاً أو في أحدهما؛ فهو إسقاطٌ للبعض وأخذٌ للباقي، وإن كان أزيدَ منه بأن دخلَ فيه ما لم يستحقَّ من وصفٍ أو ما هو في معناهُ كتعجيلِ مؤجَّلٍ؛ فمعاوضةٌ.

(قوله: الصُّلْحُ الوَاقِعُ... إلخ) أطلقَ الصُّلحَ، ولكن المرادَ: كونُه على أقلَّ مما عليه من الدَّين كما هو ظاهرُ العادة، فتخرجُ منه صورةُ التَّساوي؛ إذ هي استيفاءُ وقبضُ عين حقِّه، وصورةُ كون المصالَح عليه زيادةً من الدَّين، فيكون رباً وحراماً ليسا بصلحٍ. وأشار بالصُّلح إلى أنَّه لو باعَ ما في ذمَّته من الألف بخمسمائةٍ مثلاً لم يجزْ. صرَّحَ به في «الظهيرية». وسيأتي تمامُه.

(قوله: مِنْ دَيْنٍ) يشملُ بدلَ القرض وثمنَ المبيع وضمانَ المتلَف وبدلَ المغصوب وكلَّ ما لزمَ في الذمَّة. وقيَّد في البعض؛ ليُفيدَ أنَّه لا يجوزُ على الأكثر، وأنَّه يُشترطُ معرفةُ قدره، لكن قال في «غاية البيان» عن «شرح الكافي»: ولو كان لرجلٍ على رجلٍ دراهمَ لا

---

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٦٧.

(٢) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦٥/ آ شهيد علي باشا.

أو غصبٍ (**أَخْذٌ لِبَعْضِ حَقِّهِ وَحَطٌّ لِبَاقِيهِ، لا مُعَاوَضَةٌ**) للرِّبا، ....

يَعرفانِ وزنَها، فصالَحَه منها على ثوبٍ أو غيره؛ فهو جائزٌ؛ لأنَّ جهالةَ المصالَح عنه لا تمنعُ مع صحَّة الصُّلح، وإن صالَحَه على دراهمَ؛ فهو فاسدٌ في القياس؛ لأنَّه يَحتملُ أنَّ بدلَ الصُّلح أكثرُ منه، ولكنِّي أستحسنُ أن أجيزَه؛ لأنَّ الظَّاهرَ: أنَّه كان أقلَّ مما عليه؛ لأنَّ مبنى الصُّلح على الحطِّ والإغماض، فكان تقديرُهما بدلَ الصُّلح بشيءٍ دلالةً ظاهرةً على أنَّهما عرفاهُ أقلَّ مما عليه، وإن كان لا يعرفانِ قدرَ ما عليه في نفسه. اهـ.

أقول: لكن في قوله: "أستحسنُ أن أُجيزَه... إلخ" شُبهةُ الرِّبا كما علمتَ، وهي محرَّمةٌ أيضـًا، فالظَّاهرُ اعتمادُ ما في الشَّرح. تأمَّلْ.

(**قوله: أَوْ غَصْبٍ**) أي: غصب قيميٍّ، أو مثليٍّ، أو غصب منه أحدِ النَّقدين وهو باقٍ في يده مُعترفـًا ببقائه، فصالَحَه على بعض مقدارٍ من جنسه.

(**قوله: أَخْذٌ**) خبرُ المبتدأ.

(**قوله: وَحَطٌّ لِبَاقِيهِ**) لأنَّ تصرُّفَ العاقل البالغ يصحُّ ما أمكنَ، ولا يمكن تصحيحُه معاوضةً لِمَا فيه من الرِّبا، وقد أمكنَ الإسقاطُ، فيُحملُ عليه، فلو قال المدَّعي للمدَّعى عليه المنكِرِ: "صالَحْتُك على مائةٍ من ألفٍ عليكَ"؛ كان أخذاً لمائةٍ وإبراءً عن تسعمائةٍ، وهذا قضاءً لا ديانةً، إلا إذا زادَ "أبرأتُكَ". قهستاني[1]. وقدَّمْنا مثلَه معزيّـًا «للخانية».

(**قوله: لِلرِّبَا**) أي: لا يجعلُ معاوضةً؛ لِمَا يلزمُ عليه من الرِّبا، ولا يصحُّ، وتصرُّفُ العاقل يُحملُ على الصحَّة ما أمكن كما ذكرنا، فيُجعلُ حطّـًا.

---

(١) «جامع الرموز»: ص٦٣٦.

وحينئذٍ (فَصَحَّ الصُّلْحُ بِلَا اشْتِرَاطِ قَبْضِ بَدَلِهِ عَنْ أَلْفٍ حَالٍّ عَلَى مِائَةٍ حَالَّةٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ مُؤَجَّلٍ، وَعَنْ أَلْفٍ جِيَادٍ عَلَى مِائَةٍ زُيُوفٍ، وَلَا يَصِحُّ عَنْ دَرَاهِمَ عَلَى دَنَانِيرَ مُؤَجَّلَةٍ) ......

(قوله: وَحِينَئِذٍ) أي: حين إذ كان ما ذُكر أخذاً لبعض الحقِّ وإسقاطاً لباقيه لا معاوضةً.

(قوله: فَصَحَّ الصُّلْحُ) أي: عن ألفٍ على مائةٍ. أطلق الصُّلحَ، فشملَ كونَ المدَّعى عليه مقرّاً أو منكِراً أو ساكتاً، والمرادُ بالألف: ثمنُ مبيعٍ كما هو مقتضى عقد المداينة. وقيَّد بالألف والمائة بكونهما حالَّتَين احترازاً عمَّا إذا كانت الألفُ مؤجَّلةً والمائةُ حالَّةً كما سيذكره بعدُ، وسنذكرُ أنَّ هذا فيما إذا شرطَ ذلك.

(قوله: بِلَا اشْتِرَاطِ قَبْضِ بَدَلِهِ) أي: الصُّوريِّ، وهو ما وقعَ عليه الصُّلحُ، وإلا فليس هناك بدلٌ، بل هو أخذٌ لبعض الحقِّ، وهذا إنَّما يظهرُ في غير المغصوب، أمَّا هو مع الاعتراف ببقائه؛ فليس ما دفعَه عينَ حقِّه، إلا أن يُجعلَ عينَه حكماً، وذلك إنَّما هو في العقود والفسوخ، لا في الغصب. فليحرَّرْ. ولعلَّه أرادَ بالغصب: بدلَه بعد هلاكه.

(قوله: عَلَى مِائَةٍ حَالَّةٍ) ويكون الصُّلحُ إسقاطاً لبعض الحقِّ فقط.

(قوله: أَوْ عَلَى أَلْفٍ مُؤَجَّلٍ) ويحملُ على إسقاطِ وصف الحلول.

(قوله: عَنْ أَلْفٍ جِيَادٍ عَلَى مِائَةٍ زُيُوفٍ) هذا شاملٌ لِمَا إذا كان بدلُ الصُّلح مؤجَّلاً أو حالّاً؛ لأنَّه يصحُّ كما ذكره، بخلافِ ما إذا كان له ألفٌ زيوفٌ، وصالَحه على خمسمائةٍ جيادٍ حيث لا يجوزُ؛ لعدم استحقاق الجياد، فيكون معاوضةً ضرورةً كما في «التَّبيين»[1].

وحينئذٍ فيكون قد أسقطَ حقَّه في الكمِّ والكيف، فأسقطَ من الكمِّ تسعَمائةٍ، ومن الكيف صفةَ الجودة. وكذا لو كانت المائةِ مؤجَّلةً يصحُّ أيضاً؛ لأنَّه قد أسقطَ فيها أيضاً وصفَ

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٤٢.

لعدم الجنس، فكان صَرْفـًا، فلم يجزْ نسيئةً. (أَوْ عَنْ أَلْفٍ مُؤَجَّلٍ عَلَى نِصْفِهِ حَالًا) .....

الحلول، وإنَّما جازَ؛ هذا لأنَّ من استحقَّ الجيادَ استحقَّ الزُّيوفَ، وهذا لو تجوَّزَ به في الصَّرف والسَّلَم جازَ، ولو لم يَستحقَّه بالعقد لَمَا جازَ؛ لأنَّ المبادلةَ برأس مال السَّلَم وبدل الصَّرف لا تجوزُ، بخلاف ما إذا كان له ألفٌ زيوفٌ، وصالَحه على خمسمائةٍ جيادٍ حيث لا يجوزُ؛ لعدم استحقاق الجياد، فيكون معاوضةً ضرورةً، أي: لأنَّه لا يمكنُ حملُه على أنَّه استوفى بعضَ حقِّه وأسقطَ الباقيَ؛ لأنَّه لا يَستحقُّ الجيادَ، فلا يجوز التَّفاضلُ فيها؛ لأنَّ جيِّدَها ورديئَها سواءٌ كما في «الشُّرنبلاليَّة».

(قوله: لِعَدَمِ الجِنْسِ) فكان معاوضةً، ولو كان من الجنس؛ لكان أخذاً لبعض الحقِّ، فيجوز مؤجَّلاً.

(قوله: فَكَانَ صَرْفـًا) أي: بدلاً عنه، والاستبدالُ بالأثمان بعضها عن بعضٍ صرفٌ، فيُشترطُ فيه التَّقابضُ.

(قوله: فَلَمْ يَجُزْ نَسِيئَةً) أي: ولا حالاًّ بدون القبض؛ لاشتراطه في الصَّرف كما عُلِمَ في بابه.

(قوله: أَوْ عَنْ أَلْفٍ مُؤَجَّلٍ عَلَى نِصْفِهِ حَالًا) لأنَّ المعجَّلَ غيرُ مُستحقٍّ بعقد المداينة؛ إذ المستحقُّ به هو المؤجَّلُ، والمعجَّلُ خيرٌ منه، فقد وقعَ الصُّلحُ على ما لم يكن مُستحقـًا بعقد المداينة، فصار معاوضةً، والأجلُ كان حقَّ المديون، وقد تَركَه بإزاءِ ما حطَّه عنه من الدَّين، فكان اعتياضـًا عن الأجل، وهو حرامٌ، ألا يرى أن ربا النَّسيئة حرمٌ لشُبْهة مبادلة المال بالأجل، فلأنْ يحرمَ حقيقةً أَوْلى. اهـ «درر»[1].

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٤٠٠.

إلا في صلحِ المولى مُكاتَبَه، فيجوزُ. زيلعي (أَوْ عَنْ أَلْفٍ سُودٍ عَلَى نِصْفِهِ بِيضًا)

(قوله: إِلَّا فِي صُلْحِ المَوْلَى مُكَاتَبَهُ) يعني: إذا صالَحَ المولى مكاتبَه على ألفٍ مؤجَّلةٍ على خمسمائةٍ حالَّةٍ؛ فإنَّه يجوزُ؛ لأنَّ معنى الإرفاق فيما بينهما أظهرُ من معنى المعاوضة، فلا يكون هذا مقابلةُ الأجل ببعض المال، ولكنَّه إرفاقٌ من المولى بحطٍّ بعض البدل، وهو مندوبٌ إليه في الشَّرع، ومساهلةٌ من المكاتَبِ فيما بقيَ قبل حلول الأجل ليتوصَّلَ به إلى شرف الحرِّيَّة، وهو أيضاً مندوبٌ إليه في الشَّرع. ذكره الزَّيلعيُّ[1]. وذكر في «شرح الكافي» للإسبيجابيِّ جوازَ هذا الصُّلح مطلقاً على قياس قول أبي يوسفَ؛ لأنَّه إحسانٌ من المديون في القضاء بالتَّعجيل، وإحسانٌ من صاحب الدَّين في الاقتضاء بحطٍّ بعض حقِّه، وحَسُنَ هذا إذا لم يكن مشروطاً في الآخر، وأمَّا إذا شرطَ أحدُهما في مقابلة الآخر؛ فدخلَ في الصُّلح معاوضةٌ فاسدةٌ، فيكون فاسداً. وهكذا في «غاية البيان».

(قوله: أَوْ عَنْ أَلْفٍ سُودٍ عَلَى نِصْفِهِ بِيضًا) لأنَّ البيضَ غيرُ مستحقَّةٍ بعقد المداينة؛ لأنَّ مَنْ له السُّودُ لا يَستحقُّ البيضَ، فقد صالَحَ على ما لا يستحقُّ بعقد المعاوضة، فكان معاوضةَ الألف بخمسمائةٍ وزيادةِ وصف الجودة، فكان ربَاً. «منح». بخلافِ ما لو صالَحَ على قَدْر الدَّين وهو أجودُ؛ لأنَّه معاوضةُ المثل بالمثل، ولا مُعتبرَ بالجودة؛ لأنَّها ساقطةُ الاعتبار في الأموال الرِّبويَّة، إلا أنَّه يُشترطُ القبضُ في المجلس؛ لأنَّه صرفٌ. الأصلُ: أنَّه متى كان الذي وقعَ عليه الصُّلحُ عليه دون الحقِّ قَدْراً أو وصفاً أو وقتاً؛ فهو إسقاطٌ للبعض واستيفاءٌ للباقي؛ لأنَّه استوفى دون حقِّه، وإن كان أزيدَ منه بأن دخلَ فيه ما لا يُستحقُّ من وصفٍ، أو تعجيلِ مؤجَّلٍ، أو كان خلافَ جنسه؛ فهو معاوضةٌ؛ لتعذُّرِ جعله استيفاءً في غير المستحقِّ، فيُشترطُ فيه شروطُ المعاوضة كما في الشُّمنيِّ.

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٤٣.

والأصلُ: أنَّ الإحسانَ إن وُجدَ من الدَّائن فإسقاطٌ، وإنْ منهما فمُعاوضةٌ.

أقول: وشرطُها عند اتِّحاد الجنس: المساواةُ، فمَنْ له دراهمُ سُودٌ؛ لا يَستحقُّ البيضَ، فيكون أخذُها بطريق المعاوضة، ولو توجدْ، حتَّى لو صالَحَه على ألفٍ حالَّةٍ عن الألف المؤجَّلة، أو صالَحَه على ألفٍ بيضٍ عن الألف السُّود؛ جازَ بشرط قبضه في المجلس؛ لوجود المساواة في القَدْر، وهو المعتبرُ في الصَّرف دون المساواة في الصِّفة. ولو كان عليه ألفٌ، فصالَحَه على طعامٍ موصوفٍ في الذمَّة مؤجَّلٍ؛ لم يجزْ؛ لأنَّه يكون افتراقاً عن دَينٍ بدَينٍ، ولو كان عليه ألفُ درهمٍ ومائةُ دينارٍ، فصالَحَه على مائة درهمٍ؛ جازَ، سواءٌ كانت حالَّةً أو مؤجَّلةً؛ لأنَّه يجعلُ إسقاطاً للدَّنانير كلِّها وللدَّراهم إلا مائةً، وتأجيلاً للمائةِ التي بقيتْ، ولا يُحملُ على المعاوضة؛ لأنَّ فيه فساداً كما في العينيِّ[1].

أقول: ويظهرُ مما قدَّمْناه قريباً عن «شرح الإسبيجابيِّ»: أنَّ المديونَ لو أعطى الدَّائنَ خمسَمائةٍ بيضاً، فأسقطَ الدَّائنُ الألفَ السُّودَ من ذمَّته، وأسقطَ هو البيضَ من ذمَّة الآخر لا بشرط المقابلة ينبغي أن يصحَّ، ولكنَّه لا يُسمَّى ذلك صُلحاً كما لا يخفى.

(قوله: أَنَّ الإِحْسَانَ إِنْ وُجِدَ مِنَ الدَّائِنِ) بأن صالَحَ على شيءٍ هو أدوَنَ من حقِّه قَدْراً أو وصفاً أو وقتاً.

(قوله: وَإِنْ مِنْهُمَا) أي: من الدَّائن والمدين، بأن دخلَ في الصُّلح ما لا يَستحقُّه الدَّائنُ من وصفٍ، كالبيض بدل السُّود، أو ما هو في معنى الوصف، كتعجيل المؤجَّل، أو عن جنسٍ بخلاف جنسه.

(قوله: فَمُعَاوَضَةٌ) أي: ويجري فيه حكمُها، فإن تحقَّقَ الرِّبا أو شبهته فسدتْ، وإلا صحَّتْ.

---

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٦٨.

(قَالَ) لغريمه: ("أَدِّ إِلَيَّ خَمْسَمِائَةٍ غَداً مِنْ أَلْفٍ لِي عَلَيْكَ عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنَ) النِّصف (البَاقِي"، فَقَبِلَ) وأدَّى فيه؛ (بَرِئَ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ ذَلِكَ فِي الغَدِ؛ عَادَ دَيْنُهُ) كما كانَ؛ لفواتِ التَّقييد بالشَّرط، ووجوهُها خمسةٌ: أحدُها هذا. (وَ) الثَّاني: (إِنْ لَمْ يُؤَقِّتْ) بالغدِ (لَمْ يَعُدْ) لأنَّه إبراءٌ مطلقٌ. والثَّالثُ: (وَكَذَا لَوْ صَالَحَهُ مِنْ دَيْنِهِ عَلَى نِصْفِهِ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ

(قوله: عَادَ دَيْنُهُ) عندهما. وعند أبي يوسفَ: يبرأُ.

(قوله: لِفَوَاتِ التَّقْيِيدِ بِالشَّرْطِ) أي: من حيث المعنى، فكأنَّه قيَّدَ البراءةَ من النِّصف بأداءِ خمسمائةٍ في الغد، فإذا لم يؤدِّ؛ لا يبرأُ لعدم تحقُّقِ الشَّرط. والحاصلُ: أنَّ كلمةَ "على" وإن كانت للعِوَض، لكنَّها قد تكون بمعنى الشَّرط، وقد تعذَّرَ العملُ بمعنى المعاوضة، فتُحملُ على الشَّرط تصحيحاً لتصرُّفه كما في «الدُّرر»[1].

(قوله: وَالثَّانِي: إِنْ لَمْ يُوَقِّتْ بِالغَدِ) أي: لم يذكرْ لفظَ "غد"، بل قال: "ادفعْ إليَّ خمسَمائةٍ على أنَّه بريءٌ من الباقي"؛ لم يَعُدْ دَينُه؛ لعدم الأداء، ويبرأُ مطلقاً أدَّى الخمسَمائةِ في الغد أو لم يؤدِّ؛ لأنَّ البراءةَ قد حصلتْ بالإطلاق، أو لا فلا تتغيَّرُ بما يوجب الشكَّ في آخره. «منح».

(قوله: لَمْ يَعُدْ) أي: الدَّينُ مطلقاً، أدَّى أو لم يؤدِّ.

(قوله: لِأَنَّهُ إِبْرَاءٌ مُطْلَقٌ) لأنَّه لَمَّا لم يوقِّتْ للأداء وقتاً؛ لم يكن الأداءُ غرضاً صحيحاً؛ لأنَّه واجبٌ على الغريم في كلِّ زمانٍ، فلم يتقيَّدْ بما حملَ على المعاوضة، وهو لا يصلحُ عِوَضاً. والظَّاهرُ: أنَّ الإبراءَ مقيَّدٌ بأدائه ولو في آخر جزءٍ من أجزاء حياته، حتَّى إذا ماتَ ولم يؤدِّ؛ يؤخذُ كلُّ الدَّين من تركته؛ لأنَّ التَّعليقَ بالأداء موجودٌ معنىً، بخلاف الوجه الرَّابع، فإنَّه يبرأُ مطلقاً؛ لبداءته بالإبراء.

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٤٠١.

غَداً وَهُوَ بَرِيءٌ مِمَّا فَضَلَ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَدْفَعْهُ غَداً فَالكُلُّ عَلَيْهِ؛ كَانَ الأَمْرُ) كالوجه الأوَّل (كَمَا قَالَ) لأنَّه صرَّح بالتَّقييد. والرَّابعُ: (فَإِنْ أَبْرَأَهُ عَنْ نِصْفِهِ عَلَى أَنْ يُعْطِيَهُ مَا بَقِيَ غَداً؛ فَهُوَ بَرِيءٌ أَدَّى البَاقِيَ) في الغد (أَوْ لا) لبداءته بالإبراءِ، لا بالأداء. (وَ) الخامسُ: (لَوْ عَلَّقَ بِصَرِيحِ الشَّرْطِ كَـ"إِنْ أَدَّيْتَ إِلَيَّ) كذا"، (أَوْ "إِذَا"، أَوْ "مَتَى"؛ لا

(قوله: كَالوَجْهِ الأَوَّلِ) خبرٌ أوَّلُ. وقولُه: (كَمَا قَالَ) خبرٌ ثانٍ.

(قوله: لِبَدَاءَتِهِ بِالإِبْرَاءِ لا بِالأَدَاءِ) قال في «الدُّرر»: لأنَّه أطلقَ الإبراءَ، وأداءُ خمسمائةٍ لا يصلحُ عِوَضاً، ويصلحُ شرطاً مع الشكِّ في تقييده بالشَّرط، فلا يتقيَّدُ بالشكِّ، بخلافِ ما إذا بدأ بأداءِ خمسمائةٍ؛ لأنَّ الإبراءَ حصلَ مقروناً به، فمن حيث إنَّه لا يصلحُ عِوَضاً يقع مطلقاً، ومن حيث إنَّه يصلحُ شرطاً لا يقعُ مطلقاً فلا يثبتُ الإطلاقُ بالشكِّ، فافترقا. اهـ[1].

(قوله: بِصَرِيحِ الشَّرْطِ) قال القُهستانيُّ: وفيه إشعارٌ بأنَّه لو قدَّمَ الجزاء صحَّ. في «الظَّهيريَّة»: لو قال: "حَططتُ عنك النِّصفَ إن نقدتَ إليَّ نصفاً"؛ فإنَّه حطٌّ عندهم وإن لم ينقُدْه[2].

(قوله: كَـ"إِنْ أَدَّيْتَ إِلَيَّ كَذَا") الخطابُ للغريم، ومثلُه: الكفيلُ كما صرَّحَ به الإسبيجابيُّ في «شرح الكافي» وقاضيخان في «شرح الجامع». قال في «غاية البيان»: وفيه نوعُ إشكالٍ؛ لأنَّ إبراءَ الكفيل إسقاطٌ محضٌ، ولهذا لا يرتدُّ بردِّه، فينبغي أن يصحَّ تعليقُه بالشَّرط، إلا أنَّه كإبراء الأصيل من حيث إنَّه لا يُحلفُ به كما يحلفُ بالطَّلاق، فيصحُّ تعليقُه بشرطٍ مُتعارفٍ لا غير المتعارف، ولذا قلنا: إذا كَفَلَ بمالٍ عن رجلٍ وكفلَ بنفسه أيضاً على أنَّه

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٤٠١.

(٢) «جامع الرموز»: ص٦٣٧.

يَصِحُّ) الإبراءُ؛ لِمَا تقَرَّرَ: أنَّ تعليقَه بالشَّرْط صريحاً باطلٌ؛ لأنَّه تمليكٌ من وجهٍ.
(وَإِنْ قَالَ) المديونُ (لِآخَرَ سِرّاً: "لا أُقِرُّ لَكَ ....

إن وافى بنفسِه غداً فهو بريءٌ عن الكفالة بالمال، فوافى بنفسِه؛ برئَ عن المال؛ لأنَّه تعليقٌ بشرطٍ متعارفٍ، فصحَّ. انتهى.

(قوله: لِمَا تَقَرَّرَ... إلخ) قال في «المنح»: إنَّما لا يصحُّ؛ لأنَّ الإبراءَ المعلَّق تعليقاً صريحاً لا يصحُّ؛ لأنَّ الإبراءَ فيه معنى التَّمليك ومعنى الإسقاط، فالإسقاطُ لا يُنافي تعليقَه بالشَّرط، والتَّمليكُ يُنافيه، فراعَيْنا المعنَيَيْن وقلنا: إن كان التَّعليقُ صريحاً لا يصحُّ، وإن لم يكن صريحاً يصحُّ. انتهى.

(قوله: لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ مِنْ وَجْهٍ) بدليل أنَّه لا يرتدُّ بالردِّ، والتَّمليكاتُ لا تَحتملُ التَّعليقَ بالشَّرط، وهو إسقاطٌ أيضاً، بدليل أنَّه لا يتوقَّفُ على القبول، والإسقاطُ يَحتملُ ذلك، فلمعنى التَّمليك فيها قلنا: إذا صرَّحَ بالتَّعليق بالشَّرط لم يصحَّ، ولمعنى الإسقاط[1] إذا لم يصرِّحْ بالتَّعليق بالشَّرط بتقييدٍ. كذا في «الكافي».

(قوله: وَإِنْ قَالَ المَدْيُونُ لِآخَرَ سِرّاً... إلخ) هذا القيدُ أهملَه في «الكنز»، ولم يُنبِّه عليه شارحُه الزَّيلعيُّ، ونبَّه عليه ملا مسكين وصاحبُ «الدُّرَر» و«ملتقى الأبحر»[2] و«الهداية»، وعبارتُه بعد ذكر المسألة مطلقةً: ومعنى المسألة: إذا قال ذلك سرّاً، أمَّا إذا قال علانيةً يؤخذُ به[3]؛ لأنَّ قولَه: "لا أُقرُّ بمالك... إلخ" يتضمَّنُ الإقرارَ به، حيث أضافَه

---

(١) في هامش بولاق: (قوله: ولمعنى الإسقاط... إلخ، هكذا بالأصل، ولعله: ولا لمعنى الإسقاط قلنا: إذا لم يصرح بالتعليق بالشرط يصح. فليحرر).

(٢) «شرح ملا مسكين على كنز الدقائق»: ص٢٢٨، «درر الحكام»: ٢/ ٤٠١، «ملتقى الأبحر»: ص١٣٦.

(٣) «الهداية»: ٣/ ١٩٦.

بِمَالِكَ حَتَّى تُؤَخِّرَهُ عَنِّي أَوْ تَحُطَّ) عنِّي"، (فَفَعَلَ) الدَّائنُ التَّأخيرَ أو الحطَّ؛ (صَحَّ) لأَنَّه ليس بمُكرَهٍ ....

إليه بقوله: مالك، أو لأنَّه تعليقُ الإقرار بالشَّرط، فيلزمُ في الحال، ولذا قيَّد به ملا مسكين في عبارة «الكنز» حيث لم تتقيَّد بقوله: "سرّاً" كما علمتَ، وقد عزاه هنا وفي «البحر» إلى «المجتبى»(١). ولكنَّ النَّظرَ إلى العلَّة التي ذكرها الزَّيلعيُّ وغيرُه، وهي كونُه ليس بمُكرَهٍ لتمكُّنه من إقامة البيِّنة أو التَّحليف، فينكلَ، وهو نظيرُ الصُّلح مع الإنكار؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما لا يُنافي الطَّوعَ والاختيارَ في تصرُّفه، أقصى ما في الباب: أنَّه مضطرٌّ، لكنَّ الاضطرارَ لا يمنعُ من نفوذ تصرُّفه، كبيع ماله بالطَّعام عند المخمصة يوجبُ التَّسويةَ بين الحالتين. فتأمَّل. ذَكَره الرَّمليُّ(٢).

أقول: معنى الأخذ أي: بإقراره، وهو قوله: "بمالكَ"، والمالُ مجهولٌ، فيُؤمرُ ببيانه، ولا يلزمُه ما ادَّعاه المدَّعي لعدم إقراره به. تأمَّلْ.

(قوله: بِمَالِكَ) بفتح اللام وكسرها. حموي(٣).

(قوله: صَحَّ) أي: فليس له المطالبةُ في الحال بعد التَّأخير ولا في المحطوط كما في «المنح».

(قوله: لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُكْرَهٍ) لأنَّه لو شاءَ لم يفعلْ ذلك إلى أن يجدَ البيِّنةَ أو يحلفَ الآخرُ فينكلَ عن اليمين. أتقاني. وقولُه: (وليس بمكرَهٍ) على صيغة اسم المفعول؛ إذ يمكنُه أن يُبرهنَ أو يحلفَه فينكلَ عن اليمين، فِفعلُه بلا شروعٍ إلى أحدهما كان رضىً بذلك، فنفذَ،

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٠.

(٢) «لوائح الأنوار»: ق٦٩/ ب ولي الدين ببعض زيادة، وهي قوله: (لأن قوله) إلى قوله: (كما علمت).

(٣) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦٥/ ب شهيد علي باشا.

عليه (وَلَوْ أَعْلَنَ مَا قَالَهُ سِرّاً؛ ....

فيكون كصلحٍ عن إنكارٍ، ومن ذلك ذُكرتْ هذه المسألةُ هنا. هذا هو الموافقُ لِمَا في «غاية البيان» و«شرح المقدسيِّ». وما في «الكفاية» يقتضي كونَ الضَّمير المنصوب عائداً إلى المديون، وأن يكون (مُكرِه) على صيغة اسم الفاعل[1] كما فسَّرَ به البعض هنا. والأوَّلُ هو المتبادرُ كما لا يخفى.

(قوله: عَلَيْهِ) جعلَ لفظ (عليه) صلةً لـ(مكره)، وهو خلافُ ما في العينيِّ و«الدُّرَر». قال العينيُّ عند قول: «الكنز»: صحَّ أي: هذا الفعلُ عليه، أي: على الدَّائن، يعني: إن أخَّرَه يتأخَّرُ، وإن حَطَّ عنه بعضه ينحطُّ؛ لأنَّ المديونَ ليس بمكرهٍ. انتهى[2]. ومثلُه في «الدُّرَر»، إلا أنَّه قال: صحَّ أي: التَّأخيرُ والحطُّ؛ لأنَّه ليس بمكرهٍ عليه، أي: على الدَّائن[3]، فوصلَ (عليه) بـ(مكرهٍ)، فتوهَّمَ الشَّارحُ أنَّه متعلِّقٌ به، وليس الأمرُ كذلكَ؛ لأنَّ لفظَ (عليه) من المتن في «الكنز» و«الدُّرَر»، ويحتملُ أنَّها هنا كذلكَ، إلا أنَّ النَّاسخَ سوَّدَها، وحينئذٍ فالعبارةُ: صحَّ عليه أي: نفذَ عليه التَّأخيرُ أو الحطُّ؛ لأنَّه ليس بمكرَهٍ، وضميرُ (عليه) أي: على الدَّائن، حتَّى إنَّه بعد التَّأخير لا يتمكَّنُ من مطالبته في الحال، وفي الحطِّ لا يتمكَّنُ من مطالبته ما حطَّه أبداً.

(قوله: وَلَوْ أَعْلَنَ مَا قَالَهُ سِرّاً) يعني: أنَّه تكلَّمَ به أوَّلاً بين النَّاس، وليس المرادُ: أنَّه بعد أن اتَّفقا على الحطِّ أو التَّأخير أعلنَ، فإنَّه لا ينقضُ الصُّلحُ، والمرادُ: أنَّ الدَّائنَ سكتَ؛ إذ لو حَطَّ في الإعلان أو أقرَّ صحَّ، بل هو أَوْلى من حالة السرِّ. ط[4].

---

(١) «الكفاية»: ٦/ ١٨٦.

(٢) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٦٨.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٤٠١.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٨.

أَخَذَ مِنْهُ الكُلَّ لِلْحَالِ) ولو ادَّعى ألفاً وجحدَ، فقال: "أقرِرْ لي بها على أن أحُطَّ منها مائةً"؛ جازَ، بخلافِ "على أن أعطِيَك مائةً"؛ لأنَّها رِشوةٌ. ولو قال: "إن أقررتَ لي حططتُ لك منها مائةً"، فأقرَّ؛ صحَّ الإقرارُ، لا الحطُّ. «مجتبى»[1].

أقول: وظاهرُ كلام المصنِّف يُوهمُ أنَّه بعدما أخَّرَ أو حطَّ عنه كما فهمتَه مما قدَّمْناه مع أنَّه ليس كذلكَ، فلو قال: ولو أعلنَ بقوله: "لا أُقرُّ لك حتَّى تؤخِّرَه عنِّي أو تَحطَّ"؛ يكون إقراراً، فيُؤخذُ للحال كلَّه إن لم يُؤخِّر أو يحطُّ. قال المولى عبدُ الحليم: وقولُه: (ولو أعلن) أي: المديونُ، وقولُه: (ما قاله سرّاً) أشارَ به إلى أنَّ مفعولَه محذوفٌ، وهو قولُه: لا أقرُّ لك بمالك... إلخ.

(**قوله: أَخَذَ الكُلَّ مِنْهُ لِلْحَالِ)** أي: تمكَّنَ من أخذ الكلِّ بلا تأخيرٍ إن أخَّرَ، ولا حطٍّ إن حطَّ. قال ط: لعلَّ هذا إذا لم يؤخِّرْه الطَّالبُ ولم يحطَّ، أمَّا لو فعل ذلك؛ صحَّ لعدم إكراهه. اهـ[2].

(**قوله: فَقَالَ: "أَقْرِرْ")** بهمزة قطع مفتوحةٍ من "أقرَّ".

(**قوله: جَازَ)** أي: الحطُّ؛ لأنَّه ليس من تعليق الإبراءِ صريحاً، بل معنىً، وقد سبق جوازُه.

(**قوله: بِخِلَافِ: عَلَى أَنْ أُعْطِيَكَ مِائَةً)** فإذا أقرَّ صحَّ الإقرارُ، ولا يلزمُ الدَّائنَ شيءٌ.

(**قوله: لا الحَطُّ)** لأنَّ الحطَّ إبراءٌ، وهو معلَّقٌ بصريح الشَّرط، فلا يصحُّ كما تقدَّم. حلبي. والأَوْلى أن يقول: لأنَّه وعدٌ معلَّقٌ بالشَّرط لا يجب الوفاءُ به شرعاً.

---

(١) «المجتبى»: ٣/ ٤٠٠ عن «شرح الطحاوي».

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٨.

(الدَّيْنُ المُشْتَرَكُ) بسببٍ متَّحدٍ كثمنِ مبيعٍ بيعَ صفقةً واحدةً، ....

(قوله: الدَّيْنُ المُشْتَرَكُ بِسَبَبٍ مُتَّحِدٍ) شاملٌ لِمَا إذا اشترَكا في المبيع، بأن كانا عيناً واحدةً، أو لم يَشتركا بأن كانا عينَين لكلٍّ عينٍ بِيعتا صفقةً واحدةً بلا تفصيلِ ثمنٍ. اهـ «شرنبلاليَّة»[1].

(قوله: كَثَمَنِ مَبِيعٍ بِيعَ صَفْقَةً وَاحِدَةً) بأن كان لكلِّ واحدٍ منهما عينٌ على حدةٍ، أو كان لهما عينٌ واحدةٌ مشتركةٌ بينهما، وباعا الكلَّ صفقةً واحدةً من غير تفصيلِ ثمنِ نصيبِ كلِّ واحدٍ منهما. زيلعي[2]. واحترَزَ بالصَّفقة الواحدة عن الصَّفقتين، حتَّى لو كان عبدٌ بين رجلينِ، باعَ أحدُهما نصيبَه من رجلٍ بخمسمائة درهمٍ، وباعَ الآخرُ نصيبَه من ذلك الرَّجل بخمسمائة درهمٍ، وكَتَبا عليه صكّاً واحداً بألفٍ، وقبضَ أحدُهما منه شيئاً؛ لم يكن للآخر أن يُشاركَه؛ لأنَّه لا شِركةَ لهما في الدَّين؛ لأنَّ كلَّ دَينٍ وجب بسببٍ على حدةٍ. «عزميَّة». وإنَّما تتَّحدُ الصَّفقةُ إذا اتَّحدَ اللَّفظُ وقَدْرُ الثَّمن ووصفُه، كأن قالا: بِعْناك هذا العبدَ بألفٍ لكلٍّ خمسُمائةٍ، فقبلَ؛ كان صفقةً واحدةً. أمَّا لو باعَ أحدَهما بخمسمائةٍ ثمَّ الآخرَ بخمسمائةٍ، أو باعاهُ بألفٍ على أنَّ لأحدهما خمسَمائةٍ بيضاً وللآخر سوداً، أو لأحدهما ستَّمائةٍ وللآخرِ أربعَمائةٍ؛ فذلك كلُّه صفقتانِ، فلا يُشاركُ أحدُهما الآخرَ فيما قبضَ كما يُفهمُ ذلك من «المنح». وقيَّد بالدَّين المشترك؛ لأنَّه لو كان الصُّلحُ عن عينٍ مشتركةٍ يختصُّ المصالحُ ببدل الصُّلح، وليس لشريكِه أن يُشاركَه فيه؛ لكونه معاوضةً من وجهٍ؛ لأنَّ المصالَحَ عنه مالٌ حقيقةً، بخلاف الدَّين. زيلعي[3]. فليُحفظْ فإنَّه كثيرُ الوقوع.

---

(١) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٤٠٢ (بهامش درر الحكام).

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٤٥.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٤٦.

أو دينٍ موروثٍ، أو قيمةِ مُستهلكٍ مشتركٍ (إِذَا قَبَضَ ....

وفي «الخانيَّة»: رجلان ادَّعَيا أرضاً أو داراً في يد رجلٍ وقالا: هي لنا وَرِثْناها من أبينا، فجحدَ الذي هي في يده، فصالَحه أحدُهما عن حصَّته على مائةِ درهمٍ، فأراد الابنُ الآخرُ أن يُشاركَه في المائة؛ لم يكن له أن يُشاركَه؛ لأنَّ الصُّلحَ معاوضةٌ في زعم المدَّعي فداءُ يمينٍ في زعم المدَّعى عليه، فهو معاوضةٌ من وجهٍ استيفاءٌ من وجهٍ، فلا يثبتُ للشَّريك حقُّ الشِّركة بالشكِّ. وعن أبي يوسفَ في روايةٍ: لشريكه أن يُشاركَه في المائة. اهـ[1].

سئلَ العلَّامةُ الشِّلبيُّ عن دارٍ مشتركةٍ بين ثلاثة أوقافٍ، كلُّ وقفٍ له حصَّةٌ معلومةٌ ومُستحقُّون مختصُّون به، فإذا قبضَ بعضُ النُّظَّار شيئاً من الأجرة: هل لباقي النُّظَّار أن يُشاركَه في المقبوض أم لا؟

فأجابَ: بأنَّ لباقي النُّظَّار الشَّركة فيما قبضَه أحدُهم حيث صدرتِ الإجارةُ منهم صفقةً واحدةً قياساً على ثمن المبيع صفقةً واحدةً. اهـ. وتعقَّبَه العلَّامةُ الحمويُّ: بأنَّ جوابَه إنَّما يصحُّ إذا كان ما أجره كلٌّ من النظَّار معيَّناً غيرَ مشاعٍ[2].

وأقول: هذا إنَّما يردُ أنْ لو صدرتِ الإجارةُ في بعض الدَّار؛ لِمَا يلزمُ عليه حينئذٍ من إجارة المشاع لغير الشَّريك، ولا شُيوعَ هنا؛ لصدور الإجارة في كلِّ الدَّار. فتنبَّهْ.

(قوله: أَوْ دَيْنٍ مَوْرُوثٍ) أو كان موصىً به لهما، أو كان بدلَ قرضهما. أبو السُّعود[3].

(قوله: إِذَا قَبَضَ) أطلقَه، فشملَ قبضاً على طريق الاقتضاء أو الصُّلح.

(١) «الفتاوى الخانية»: ٣/ ٥١٨.

(٢) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦٦/ آ شهيد علي باشا.

(٣) «فتح المعين»: ٣/ ١٨٤.

أَحَدُهُمَا شَيْئًا مِنْهُ؛ شَارَكَهُ الآخَرُ فِيهِ) إن شاءَ، أو اتَّبعَ الغريمَ كما يأتي، ....

(قوله: شَارَكَهُ الآخَرُ فِيهِ) هذا أصلٌ كليٌّ يتفرَّعُ عليه فروعٌ، يعني: إذا كان لرجلينِ دَينٌ على آخرَ، فقبضَ أحدُهما شيئاً منه؛ مَلكَه مشاعاً كأصله، فلصاحبه أن يُشاركَه في المقبوض؛ لأنَّه وإن ازدادَ بالقبض؛ إذ ماليَّةُ الدَّين باعتبار عاقبة القبض، لكنَّ هذه الزِّيادةَ راجعةٌ إلى أصل الحقِّ، فيصيرُ كزيادة الثَّمرة والولد، فله حقُّ المشاركة، ولكنَّه قبل المشاركة باقٍ على ملك القابض؛ لأنَّ العينَ غيرُ الدَّين حقيقةً، وقد قبضَه بدلاً عن حقِّه، فيملِكُه حتَّى ينفذُ تصرُّفُه فيه، فيضمنُ لشريكه حصَّتَه. «درر»[1].

وليس بين قوله: "مَلكَه مشاعاً كأصله" وقوله: "ولكنَّه قبل المشاركة باقٍ على ملك القابض" مخالفةٌ؛ لأنَّ المقبوضَ عينُ الدَّين من وجهٍ وغيرُه من وجهٍ كما صرَّح به في عامَّة الكتب، والاعتبارُ الأوَّلُ يَقتضي كونَ المقبوض مشتركاً، والاعتبارُ الثَّاني يوجبُ الاختصاصَ بالقابض، فعَمِلْنا بالوجهين وقلنا على الوجه الأوَّل: إنَّه يكون للآخر ولايةُ المشاركة، وعلى الوجه الثَّاني: إنَّه يَدخلُ في ملك القابض وينفذُ تصرُّفُه.

ومن هذا يظهرُ حُسنُ قوله: "فله حقُّ المشاركة"، أي: في المقبوض، أشارَ به إلى أنَّه ليس له حقيقةَ المشاركة، وإلا لَمَا نفذَ تصرُّفُ القابض فيه قبل المشاركة، والمشبَّهُ لا يلزمُ أن يكون في حكم المشبَّه به من كلِّ وجهٍ، فلا يلزمُ من تحقُّق حقيقة المشاركة في الثَّمرة والولد تحقُّقُ حقيقتها في المقبوض من الدَّين كما لا يخفى.

(قوله: أَوِ اتَّبَعَ الغَرِيمَ) فلو اختارَ اتِّباعَه ثمَّ تويَ نصيبه، بأن مات الغريمُ مُفلِساً؛ رجعَ على القابض بنصفِ ما قبض ولو من غيره. «بحر»[2]. أي: من غير ما قبضَ؛ لأنَّ حقَّه فيه سقطَ بالتَّسليم، فيرجعُ بمثله، ويكون ما قبضَه أخيراً صرفاً عمَّا في الذمَّة. وعبارةُ الزَّيلعيِّ:

(1) «درر الحكام»: ٢/ ٤٠٢.

(2) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٠.

وحينئذٍ (**فَلَوْ صَالَحَ أَحَدُهُمَا عَنْ نَصِيبِهِ عَلَى ثَوْبٍ**) أي: خلافِ جنس الدَّيْن (**أَخَذَ الشَّرِيكُ الآخَرُ نِصْفَهُ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ**) له (**رُبُعَ**) أصل (**الدَّيْنِ**) ....

رجعَ عليه كما في الحوالة، لكن ليس له أن يَرجعَ في عين تلك الدَّراهم المقبوضة؛ لأنَّ حقَّه فيها قد سقطَ بالتَّسليم، فلا يعودُ حقُّه فيها بالتَّوى، ويعودُ إلى ذمَّته في مثلها. اهـ[1].

وعليه فكان ينبغي إسقاطُ لفظ "ولو"، ويقولَ هكذا: "ورجعَ على القابض بنصف ما قبضَ من غيره"، وذلك لأنَّ حقَّه فيها قد سقطَ بالتَّسليم، فلا يعودُ حقُّه فيها بالتوى ويعود إلى ذمَّتِه في مثلها. تأمَّلْ.

(**قوله: وَحِينَئِذٍ فَلَوْ صَالَحَ**) في التَّفريع نظرٌ؛ لأنَّ الأصلَ أن يقبضَ من الدَّين شيئًا، وهذا صلحٌ من نصيبه، لا قبضٌ. تأمَّل.

(**قوله: أَيْ: عَلَى خِلَافِ جِنْسِ الدَّيْنِ**) احترازٌ عمَّا إذا كان على جنسه كما تقدَّم، فإنَّه يُشاركُه فيه أو يَرجعُ على المدين، وليس للقابض فيه خيارٌ؛ لأنَّه بمنزلة قبضِ بعض الدَّين.

(**قوله: أَخَذَ الشَّرِيكُ الآخَرُ نِصْفَهُ**) أي: نصفَ الدَّين من غريمه أو أخذَ نصفَ الثَّوب؛ لأنَّ الصُّلحَ وقعَ عن نصف الدَّين، وهو مشاعٌ، وقسمةُ الدَّين حال كونه في الذمَّة لا تصحُّ، وحقُّ الشَّريك متعلِّقٌ بكلِّ جزءٍ من الدَّين، فيتوقَّفُ على إجازته، وأخذُه النِّصفَ دالٌّ على إجازة العقد، فيصحُّ ذلك.

(**قوله: إِلَّا إِنْ ضَمِنَ**) أي: الشَّريكُ المصالِحُ.

(**قوله: رُبُعَ الدَّيْنِ**) يعني: إلا أن يغرمَ له حصَّةً من أصل الدَّين الواصل بواسطة الصُّلح. وأفاد أنَّ المصالَحَ مخيَّرٌ إذا اختارَ شريكُه اتِّباعَه، فإن شاء دفعَ له حصَّتَه من المصالَح عليه،

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٤٦.

فلا حَقَّ له فِي الثَّوْب، (وَلَوْ لَمْ يُصَالِحْ، بَلِ اشْتَرَى بِنِصْفِهِ شَيْئاً؛ ....

وإن شاء ضمنَ له رُبُعَ الدَّين، ولا فرقَ بين كون الصُّلح عن إقرارٍ أو غيره، وبعد ضمان المصالَح الرُّبعَ لا يكون للآخر سبيلٌ على الثَّوب. وحاصلُه: أنَّ الشَّريكَ الآخرَ مخيَّرٌ بين الاتِّباع للمديون والشَّريك المصالح، وأنَّ المصالحَ مخيَّرٌ في دفع نصف الثَّوب المقبوض ورُبُع الدَّين، ولم يلزمْ عليه دفعُ الرُّبع؛ لاحتمال تضرُّر المصالح؛ لأنَّ الصُّلحَ على الحطِّ غالباً، فيكون ما استوفاه أنقصَ، بل يحتملُ أن لا يبقى له شيءٌ من مقبوضه. وأشارَ بكون البدل ثوباً إلى أنَّ هذا فيما كان بدلُ الصُّلح خلافَ جنس الدَّين، أمَّا إذا وقعَ على جنسه؛ ليس للمصالح خيارٌ فيه، بل لشريكه المشاركةُ في المقبوض أو يرجعُ على المديون؛ لأنَّه بمنزلة قبض بعض الدَّين كما في «المبسوط». وأطلقَ الصُّلحَ، فشملَ ما يكون عن إقرارٍ أو سكوتٍ أو إنكارٍ. ثمَّ الحيلةُ في أن لا يَرجعَ عليه شريكُه: أن يهبَ له الغريمُ مقدارَ حظِّه من الدَّين ويَقبضَه، ثمَّ يُبرئَه عن حظِّه، أو يبيعَه شيئاً يسيراً ولو كفّاً من زبيبٍ بقدر حصَّته من الدَّين، ثمَّ يُبرئَه عن الدَّين ويأخذَ ثمن المبيع كما في «الذَّخيرة» و«التَّتمَّة».

(قوله: فَلَا حَقَّ لَهُ فِي الثَّوْبِ) لأنَّ حقَّه في الدَّين، وقد ضَمِنَه له، وقد علم أنَّ الخيارَ للمصالح. والحاصلُ: أنَّ في تخيير الشَّريك قيدين: أن يكون المصالَحُ عنه دينا والمصالَحُ عليه ثوباً، فإن كان المصالَحُ عنه عيناً مشتركةً؛ ليس لشريكه أن يُشاركَه فيه، ولو كان المصالَحُ عليه من جنس الدَّين؛ شارَكَه الشَّريكُ أو يرجعُ على المدين، والفرقُ بين الصُّلح على الجنس وغيره: أنَّه إذا صالَحَه على الجنس يُشاركُه الشَّريكُ فيه أو يرجعُ على الغريم، وفي الصُّلح على خلاف الجنس كذلكَ، إلا أن يضمنُ له رُبُعَ الدَّين؛ لأنَّ حقَّه في الدَّين، لا في الثَّوب.

ضَمَّنَهُ) شريكُه (الرُّبُعَ) لقبضه النِّصْفَ بالمقاصَّة، (أَوِ اتَّبَعَ غَرِيمَهُ) في جميع ما مرَّ؛ لبقاءِ حقِّه في ذِمَّته. (وَإِذَا أَبْرَأَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الغَرِيمَ عَنْ نَصِيبِهِ؛ ....

(قوله: ضَمَّنَهُ شَرِيكُهُ الرُّبُعَ) يعني: إن شاءَ؛ لأنَّه صار قابضاً حقَّه بالمقاصَّة، ولا ضرورةَ عليه؛ لأنَّ مبنى البيع على المماكسة، بخلاف الصُّلح؛ لأنَّ مبناهُ على الإغماض والحطيطة، فلو ألزَمْناه دفعَ رُبُع الدَّين لتضرَّرَ.

لا يقال: قسمةُ الدَّين قبل القبض لا تتصوَّرُ، فكيف تتصوَّرُ المقاصَّةُ فيه؟ لأنا نقول: قسمةُ الدَّين قبل القبض تجوزُ ضِمْناً، وإنَّما لا تجوز قصداً، وهنا وقعتِ القسمةُ في ضمن صحَّة الشِّراء وصحَّة المصالَحَة، وللشَّريك أن لا يتبعَ القابضَ في الجميع ويَرجعَ على المدين؛ لأنَّ القابضَ قبضَ حقَّه، إلا أنَّ له حقَّ المشاركة، ولو كان للمطلوب على أحدهما دينٌ قبل وجوب دَينهما عليه حتَّى صارَ دينُه قصاصاً به؛ فلا ضمانَ عليه؛ لأنَّه أحدَ الدَّينين قضاءٌ لأوَّلهما لا اقتضاءٌ، والضَّمانُ إنَّما يجب بالاقتضاء، وكذا المشاركةُ لا تجبُ بالقضاء، وإنَّما تجبُ بالاقتضاء، ولو أبرأَه أحدُهما عن نصيبه لا يضمنُ، ولو غصبَ أحدُهما من المدين عيناً، أو اشترى منه شراءً فاسداً، فهلكَ عنده؛ فهو قبضٌ، والاستئجارُ بنصيبه قبضٌ، لا التَّزوُّجُ به؛ لعدم إمكان المشاركة فيه، كالجناية على نفس المدين وكالإبراء، بخلاف التَّزوُّج على دراهمَ مطلقةٍ، فإنَّه قبضٌ بالإجماع لوقوع التقاصِّ. زيلعي[1].

(قوله: أَوِ اتَّبَعَ غَرِيمَهُ فِي جَمِيعِ مَا مَرَّ) أي: في مسألة الصُّلح والبيع أو القبض.

(قوله: لِبَقَاءِ حَقِّهِ فِي ذِمَّتِهِ) ولأنَّ القابضَ استوفى نصيبَه حقيقةً، لكن له حقُّ المشاركة، فله أن يُشاركَ.

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٤٧ بتصرف.

لا يَرْجِعُ) لأنَّه إتلافٌ لا قبضٌ، (وَكَذَا) الحكمُ (إِنْ) كان للمديونِ على أحدهما دَينٌ قبل وجوب دينهما عليه، حتَّى (وَقَعَتِ المُقَاصَّةُ بِدَيْنِهِ السَّابِقِ) لأنَّه قاضٍ لا قابضٌ. (وَلَوْ أَبْرَأَ) الشَّريكُ المديونَ (عَنِ البَعْضِ؛ قُسِمَ البَاقِي عَلَى سِهَامِهِ) ومثلُه المقاصَّةُ،

(قوله: لا يَرْجِعُ) أي: الشَّريكُ بنصف المبرَأ على الذي أبرأ.

(قوله: لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ لا قَبْضٌ) والرُّجوعُ يكون في المقبوض، لا في المتلَفِ، ولم يزددْ نصيبُ المشتري بالبراءة، فلم يرجعْ عليه.

(قوله: قَبْلَ وُجُوبِ دَيْنِهِمَا عَلَيْهِ) أمَّا لو كان حادثاً حتَّى التَقَيا قصاصاً؛ فهو كالقبض ويُشاركُه فيه كما في «البحر»[1].

(قوله: عَلَيْهِ) أي: المديون.

(قوله: لِأَنَّهُ قَاضٍ لا قَابِضٌ) أي: والمشاركةُ إنَّما تثبتُ في المقبوض، لا في القضاء.

(قوله: وَلَوْ أَبْرَأَ الشَّرِيكُ المَدْيُونَ) بالنصب مفعولُ (أبرأ)، والأَوْلى أن يقول: (أحدُ الشَّريكين).

(قوله: قُسِمَ البَاقِي عَلَى سِهَامِهِ) أي: على سهام الباقي؛ لأنَّه لعلَّ المرادَ بالسِّهام: السِّهامُ الباقيةُ لا أصلُها، يظهرُ ذلك فيما لو كان له الثُّلثان، فأبرأهُ عن الثُّلث؛ يُقسمُ ما يؤخذُ نصفينِ؛ لأنَّ الحقَّ عاد إلى هذا القَدْر، ولو اعتبَرْنا الأصلَ؛ قُسمَ أثلاثاً، وقد صرَّحَ ابنُ الكمال بالأوَّل[2].

(قوله: وَمِثْلُهُ المُقَاصَّةُ) بأن كان للمديون على الشَّريك خمسةٌ مثلاً قبل هذا الدَّين، فإنَّ القسمةَ على ما بقيَ بعد المقاصصة.

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٠.

(٢) «الإيضاح»: ٢/ ٢٧٨.

ولو أجَّلَ نصيبَه؛ صحَّ عند الثَّاني. والغصبُ ....

(قوله: صَحَّ عِنْدَ الثَّانِي) اعتباراً بالإبراء المطلق، خلافاً للطَّرفين؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى قسمة الدَّين قبل القبض كما في «الهداية»[1]. وفي «النِّهاية»: ما ذكرَه من صفة الاختلاف مخالفٌ لِمَا ذكرَ في عامَّة الكتب، حيث ذكر قولُ محمدٍ مع قول أبي يوسفَ[2]. وذلك سهلٌ؛ لجواز أن يكون المصنِّفُ قد اطَّلعَ على روايةٍ لمحمدٍ مع الإمام. قال في «البرهان»: تأجيلُ نصيبه موقوفٌ على رضى شريكه عند أبي حنيفةَ، وبه نأخذُ، وعندهما: لا، وفي عامَّة الكتب محمدٌ مع أبي يوسفَ، وذكره في «الهداية» مع أبي حنيفةَ، فكان عنه روايتانِ كما في «الشُّرنبلاليَّة»[3]. وفي «البحر»: وإن أجَّلَه أحدُهما، فإن لم يكن واجباً بعقد كلٍّ منهما، بأن وَرِثا ديناً مؤجَّلاً؛ فالتَّأجيلُ باطلٌ، وإن كان واجباً بإدانةِ أحدهما، فإن كانا شريكَيْن شِركةَ عِنانٍ، فإن أخَّرَ الذي ولي الإدانةَ؛ صحَّ تأجيلُه في جميع الدَّين، وإن أخَّرَ الذي لم يُباشِرْها؛ لم يصحَّ في حصَّتِه أيضاً، وإن كانا متفاوضَيْن وأجَّلَ أحدُهما؛ أيُّهما أجَّلَ صحَّ تأجيلُه. اهـ[4]. ولم يظهرْ وجهٌ لذكر قول الثَّاني وتركِ قول الإمام مع عدم تصحيحه.

(قوله: وَالغَصْبُ) أي: إذا غصبَ أحدُهما منه عيناً وهلكتْ عنده؛ فإنَّه يُنزَّلُ قابضاً نصيبَه، فيُشاركُه فيه الآخرُ، سواءٌ كان من جنس الدَّين أو من غير جنسه، وهلكَ في يد الغاصب، وقُضيَ عليه بقيمته من جنس الدَّين، فلو كان من غير جنس الدَّين وكان موجوداً؛ ردَّ عينَه كما في الرَّحمتيِّ، أي: لأنَّه يملِكُه من وقت الغصب عند أداء الضَّمان.

(١) «الهداية»: ٣/ ١٩٧.

(٢) «النهاية»: ص٢٦٠ (ت: العتيبي).

(٣) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٤٠٢ (بهامش درر الحكام).

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٠.

والاستئجارُ بنصيبه قبضٌ، لا التَّزوُّجُ والصُّلحُ عن جنايةِ عمدٍ.

(قوله: وَالاسْتِئْجَارُ) أي: بأجرةٍ من جنس الدَّين؛ لأنَّها بيعُ المنافع، فصارَ بمنزلة ما إذا اشترى بنصيبه شيئاً، فإنَّه يَرجعُ عليه برُبُع الدَّين، فكذا هذا. وكذا خدمةُ العبد وزراعةُ الأرض، وصورَتُها: بأن استأجَرَ أحدُهما من المديون داراً بحصَّتِه سنةً وسكنها، وكذا لو استأجَرَه بأجرٍ مطلقٍ. وروى ابنُ سماعة عن محمدٍ: لو استأجَرَ بحصَّته؛ لم يُشاركْه الآخرُ، وجعلَه كالنِّكاح. هذا إذا أضافَ العقدَ إلى الدَّين؛ لأنَّه إتلافٌ كما في الزَّيلعيِّ[1].

(قوله: لا التَّزَوُّجُ) أي: تزوُّجُ المديونة على نصيبه، فإنَّه لا يكون قبضاً؛ لأنَّه ليس بدلَ مالٍ، فكان فيه معنى الإتلاف من وجهٍ، فأشبهَ الإبراءَ، بخلافِ ما إذا تزوَّجَها على دراهمَ مطلقةٍ، أي: حتى التقتْ قِصاصاً بنصيبه، فإنَّه يكون كالقبض كما في الأتقانيِّ. وفي «الشُّرنبلاليَّة»: والتَّزوُّجُ بنصيبه إتلافٌ في ظاهر الرِّواية، حتَّى لا يرجعُ عليه صاحبُه بشيءٍ. وعن أبي يوسفَ: إنَّه يرجعُ بنصيبه منه لوقوع القبض بطريق المقاصَّة. والصَّحيحُ الأوَّلُ. انتهى[2].

(قوله: وَالصُّلْحُ عَنْ جِنَايَةِ عَمْدٍ) أي: لو جنى أحدُهما عليه جنايةَ عمدٍ فيما دون النَّفس أرشُها مثلُ دَين الجاني، فصالَحَه على نصيبه، وكذا لو كان فيها قصاصٌ؛ لأنَّه لم يملكْ بمقابلته شيئاً قابلاً للشِّرْكة كما في «البرهان» وغيره. قيَّد بالعمد؛ لأنَّ الخطأَ يُسلكُ فيه مسلكُ الأموال، فكأنَّه قابضٌ. أفاده في «النِّهاية» وغيرها[3].

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٤٧.

(٢) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٤٠٢ (بهامش درر الحكام).

(٣) «النهاية»: ص٢٦٦ (ت: العتيبي) ببعض تصرف.

وحيلةُ اختصاصه بما قبضَ: أن يَهبَه الغريمُ قَدْرَ دَينه ثمَّ يُبرئَه، ....

وفي «الإيضاح»: لا يلزَمُه لشريكه شيءٌ؛ لأنَّه كالنِّكاح. وفي «العناية» بعد نقله ما تقدَّم: وأرى أنَّه قيَّدَ بذلك؛ لأنَّ الأرشَ قد يلزمُ العاقلةَ، فلم يكن مقتضياً[1]. وتمامُه في «تكملة قاضي زاده»[2]. قال الزَّيلعيُّ: وقولُه: (لا التَّزوُّجُ والصُّلحُ عن جناية عمدٍ) أي: بأن كان لهما دَيْنٌ على امرأةٍ فزوَّجَتْه عليه نفسَها، أو على مولى الأَمَة فزوَّجَها المولى منه عليه، أو على المكاتب أو على الأَمَة المأذون لها فتزوَّجَها عليه بإذن المولى؛ ليس بقبضٍ في ظاهر الرِّواية حتَّى لا يرجعُ عليه شريكُه؛ لأنَّه لم يَسلمْ له شيءٌ يمكنُه المشاركةُ فيه، فصارَ كالجناية على نفس المدين. وعن أبي يوسفَ: إنَّه يَرجعُ عليه لوجود القبض بطريق المقاصَّة على ما بيَّنَّا. والصَّحيحُ الأوَّلُ؛ لأنَّه إتلافٌ، ولأنَّ النِّكاحَ يتعلَّقُ بعين الدَّين عند الإضافة إليه، فيملكُه بعينه، ثمَّ يسقطُ عن ذمَّتِها كالهبة، بخلافِ ما إذا لم يُضِفِ العقدَ إليه بأن سمَّى دراهمَ مطلقةً، فوقعَ التقابضُ بنصيبه، حيث يرجعُ إليه شريكُه بالإجماع؛ لأنَّها لم تملِكْه، وإنَّما ملكتْ غيرَه، فالتَقَيا قصاصاً. والصُّلحُ عليه عن جناية العمد ليس بقبضٍ؛ لأنَّه لم يملكْ شيئاً قابلاً للشَّرْكة بمقابلته. اهـ[3].

(قوله: أَنْ يَهَبَهُ الغَرِيمُ) أي: المديونُ، فيكونُ المقبوضُ هبةً لا دَينَه.

(قوله: ثُمَّ يُبْرِئَهُ) الضَّميرُ في (يبرئه) لأحد الدَّائنين، ففيه تشتيتٌ، أي: يُبرئُ الشَّريكُ الغريمَ، فإنَّ بإبرائه المديونَ لا يرجعُ عليه بشيءٍ كما مرَّ.

---

(١) «العناية»: ٨/ ٤٣٧.

(٢) «نتائج الأفكار»: ٨/ ٤٣٧ (تكملة فتح القدير).

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٤٧، وفيه: (التقاص) بدل (التقابض).

أو يَبِيعَه به كفّاً من تمرٍ مثلاً ثُمَّ يُبرئَه. «ملتقط» وغيرُه[1]. ومرَّتْ في الشِّركة.

(صَالَحَ أَحَدُ رَبَّيِ السَّلَمِ عَنْ نَصِيبِهِ عَلَى مَا دَفَعَ مِنْ رَأْسِ المَالِ، فَإِنْ أَجَازَهُ الشَّرِيكُ) الآخرُ؛ ....

(قوله: **أَوْ يَبِيعَهُ**) أي: الطَّالبُ، وهو معطوفٌ على (يهبه)، أي: يبيع الشَّريكُ للمديون كفّاً... إلخ بقدر دَيْنه، فلم يكن مقتضياً الدَّينَ، بل آخِذاً ثمنَ البيع وقابضاً للهبة في الصُّورة الأُوْلى، ثمَّ يبرئُه من دينه، ولا رجوعَ للشَّريك عليه بالإبراء.

(قوله: **بِهِ**) أي: بقَدْر نصيبه من الدَّين، بأن يجعلَ ثمنَ التَّمْر بقدر نصيبه، فيكون المقبوضُ ثمنَ المبيع، لا نصيبه من الدَّين.

(قوله: **ثُمَّ يُبْرِئَهُ**) أي: أحدُ الدَّائنين، وهو من باعَ التَّمرَ.

(قوله: **صَالَحَ أَحَدُ رَبَّيِ السَّلَمِ**) إطلاقُ الصُّلح هنا مجازٌ عن الفسخ كما حرَّرَه صاحبُ «غاية البيان»؛ لأنَّه فسخٌ في الحقيقة. قالوا: أطلقَ عليه الصُّلحُ بما فيه من الحطيطةِ التي هي من خواصِّ الصُّلح كما في «تكملة المولى زكريَّا».

أقول: الحطيطةُ: هي التي لَزمتْ على المسلَمِ إليه من المسلم فيه حيث سقطتْ بهذه المصالحة. تدبَّرْ كما لا يخفى.

(قوله: **عَنْ نَصِيبِهِ**) أي: من المسلم فيه.

(قوله: **عَلَى مَا دَفَعَ مِنْ رَأْسِ المَالِ**) على حصَّته منه. قيَّد به؛ لأنَّه لو كان على غيره لا يجوزُ بالإجماع؛ لِمَا فيه من الاستبدال بالمسلم فيه قبل قبضه. زيلعي[2].

---

(١) «الملتقط»: ص٤١٥ بتصرف.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/٤٨.

(نَفَذَ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ رَدَّهُ رُدَّ) لأنَّ فيه قسمةَ الدَّيْن قبل قبضه، وإنَّه باطلٌ. نعم، لو كان شريكَيْن مفاوضةً؛ جازَ مطلقـًا. «بحر».

(قوله: نَفَذَ عَلَيْهِمَا) فيكون المقبوضُ بينهما، وكذا ما بقيَ من المسلَمِ فيه. «درر البحار». أي: فيكون نصفُ رأس المال فيهما وباقي الطَّعام بينهما، سواءٌ كان رأسُ المال مخلوطـًا أو لا. «بحر»[1].

(قوله: وَإِنْ رَدَّهُ رُدَّ) وبقيَ المسلمُ فيه على حاله. «بحر»[2].

(قوله: لِأَنَّ فِيهِ قِسْمَةَ الدَّيْنِ) وهو المسلمُ فيه، وهذا مذهبُهما. وقال أبو يوسفَ: يجوزُ اعتباراً بسائر الدُّيون. ولهما: إنَّه لو جازَ فإمَّا أن يجوز في نصيبه خاصَّةً أو في النِّصف من النَّصيبين، فعلى الأوَّل لزمَ قسمةُ الدَّين قبل القبض؛ لأنَّ خصوصيَّةَ نصيبه لا تظهرُ إلا بالتَّمييز، ولا تمييزَ إلا بالقسمة، وهي باطلةٌ، وإن كان الثَّاني؛ فلا بُدَّ من إجازة الآخر؛ لأنَّه فسخَ على شريكه عقدَه، فيفتقرُ إلى رضاه. «درر»[3].

(قوله: مُفَاوَضَةً) نصب على التَّمييز.

(قوله: جَازَ مُطْلَقـًا) الذي في «البحر»: جازَ ولو في الجميع[4]. أي: جميع المسلم فيه، يعني: أنَّ الجوازَ لا يخصُّ نصيبَه، بل إذا فسخَ في الجميع جازَ. قال: وأمَّا إذا كانت عِنانـًا توقَّفَ أيضـًا إن لم يكن من تجارتهما. في «الكافي»: لو أسلمَ في كُرِّ بُرٍّ، ثمَّ اصطَلَحا على أن يزيدَ المسلمُ إليه نصفَ كُرٍّ؛ لم يصحَّ إجماعـًا؛ لأنَّها لو صحَّتْ؛ لخرجَ بعضُ رأس المال

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٠.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٠.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٤٠٣.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٠.

(فَصْلٌ فِي التَّخَارُجِ)

(أَخْرَجَتِ الوَرَثَةُ أَحَدَهُمْ عَنْ) التَّركة وهي (عَرْض أَوْ) هي (عَقَار بِمَالٍ) أعطوهُ له، (أَوْ) أخرجوهُ (عَنْ) تركةٍ هي (ذَهَب بِفِضَّةٍ) دفعوها له، (أَوْ) على (العَكْسِ) أو عن نقدينِ بهما (صَحَّ) في الكلِّ ....

من ذلك السَّلَم، فيُجعلُ بإزاء الزِّيادة، فيصيرُ دَيْناً على المسلم إليه، فكأنَّه أسلمَ ديناً، وإذا لم يجزْ؛ فعليه أن يردَّ ثُلُثَ رأس المال إلى ربِّ السَّلَم، وعليه كُرٌّ تامٌّ عند الإمام. وقالا: لا يردُّ؛ لأنَّ الإخراجَ للزِّيادة، وبطلتْ فيبطلُ. قلنا: قَصَدا شيئَين: الإخراجَ والإدخالَ، فصحَّ الأَوَّلُ لا الثَّاني. اهـ. والله تعالى أعلم، وأستغفر الله العظيمَ.

(فَصْلٌ فِي التَّخَارُجِ)

قال في «المنح»: هو من الخروج، وهو ـ أي: شرعاً ـ أن يَصطلحَ الورثةُ على إخراج بعضهم من الميراث بمالٍ معلوم. ووجهُ تأخيره: قلَّةُ وقوعه، فإنَّه قلَّما يرضي أحدٌ بأن يخرجَ من الورثة بغير استيفاء حقِّه. وسببُه: طلبُ الخارج من الورثة ذلك عند رضى غيره به، وله شروطٌ تُذكرُ في أثناء الكلام. اهـ.

(قوله: أَخْرَجَتِ الوَرَثَةُ أَحَدَهُمْ) أي: أو الموصى له بمبلغٍ من التَّركة. سائحاني. وفي آخر «الأشباه» عن الكتاب: لو صُولحَ الموصى له بالثُّلُث على السُّدُس صحَّ. اهـ[1].

أقول: لكنَّه مشكلٌ؛ لأنَّه من قبيل الإسقاط في الأعيان، وهو لا يجوزُ، وقد صرَّحوا بأنَّ الوارثَ لا يسقطُ حقُّه من التَّركة بالإسقاط، وهذا مثلُه. وأمَّا المخارجةُ فبيعٌ. ويأتي تمامُه.

(قوله: صَحَّ فِي الكُلِّ) أي: ويُقسمُ الباقي بينهم على سهامهم الخارجةِ قبل التَّخارج،

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٧٢.

صرفـًا للجنس بخلاف جنسه، (قَلَّ) ما أعطَوْه (أَوْ كَثُرَ) ....

إلا أن يُجعلَ هذا التَّخارجُ كأن لم يكن. بيانُه: امرأةٌ وبنتٌ وأخٌ شقيقٌ، أصلُها ثمانيةٌ: واحدٌ للمرأة، وأربعةٌ للبنت، والباقي للأخ، فإذا أخرجتِ المرأةُ؛ قُسم الباقي على سبعةٍ، ولو جُعلتْ كأن لم تكنْ؛ قُسِمَ نصفينِ. حموي عن الشيخ عماد الدِّين[1]. واعلم أنَّه إذا أخرجوا واحداً؛ فحصَّتُه تُقسمُ بين البقيَّة على السَّواء إن كان ما أعطوه من مالهم غيرَ الميراث، وإن كان مما وَرِثوه؛ فعلى قَدْر ميراثهم. وقيَّده الخصافُ: بأن يكون عن إنكارٍ، أمَّا إذا كان عن إقرارٍ؛ فهو بينهم على السَّواء مطلقـًا. أبو السُّعود[2]. ويأتي ذلك أواخرَ الفصل.

(قوله: صَرْفـًا لِلْجِنْسِ بِخِلَافِ جِنْسِهِ) علَّةٌ. لقوله: (أو نقدين بهما)، والأَوْلى تأخيرُه عن قوله: (قلَّ ما أعطوه أو كثرَ). ويوجد في بعض النُّسخ التَّعبيرُ باللَّام عِوَضـًا عن الباء في (بخلاف الجنس)، وهي أَوْلى من الباء، أي: لو صالَحَ عن الذَّهب والفضَّة بذهبٍ وفضَّةٍ صحَّ، ويصرفُ الذَّهبُ للفضَّة، وهي له. والمرادُ بالصَّرف في كلامه: الصَّرفُ المصطلحُ عليه في الفقه، وهو بيعُ الثَّمن بالثَّمن، والباءُ فيه للمقابلة، ولو كان المرادُ بالصَّرف: اللُّغويَّ؛ لاختصَّ بمسألةٍ واحدةٍ، وهي ما إذا اشتملتِ التَّركةُ على ذهبٍ وفضَّةٍ ودفع البدل كذلك، ولعدَّاه بـ"إلى" أو اللام، ولقوله بعد ذلك: (لكن بشرط التَّقابض فيما هو صرفٌ)، فإنَّه متعيِّنٌ للصَّرف الاصطلاحيِّ.

(قولـه: قَـلَّ مَـا أَعْطَـوْهُ أَوْ كَثُرَ) لأنَّه معاوضـةٌ لا إبـراءٌ؛ إذ الإبراءُ عن الأعيـان باطلٌ. كذا قيل.

---

(١) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦٧/آ- ب شهيد علي باشا.

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ١٨٥.

لكن بشرط التَّقابض فيما هو صرفٌ. (وَفِي) إخراجِه عن (نَقْدَيْنِ وَغَيْرِهِمَا بِأَحَدِ النَّقْدَيْنِ

وأقول: ما قيل: إنَّ الإبراءَ عن الأعيان باطلٌ؛ قيَّده في «البحر»: بما إذا كان على وجه الإنشاء، فإن كان على وجه الإخبار كقوله: "هو بريءٌ ممَّا لي قِبَله"؛ فهو صحيحٌ متناولٌ للدَّيْن والعين، فلا تُسمعُ الدَّعوى. وكذا إذا قال: "لا مِلْكَ لي في هذا العين". ذكره في «المبسوط» و«المحيط». فعُلمَ أنَّ قولَه: "لا أستحقُّ قبله حقّاً مطلقاً ولا استحقاقاً ولا دعوى" يمنعُ الدَّعوى بحقٍّ من الحقوق قبل الإقرار عيناً كان أو ديناً[1]. وتقدَّم الكلامُ عليه أوائلَ الإقرار، وسيأتي آخرَ الفصل مستوفىً إن شاء اللهُ تعالى.

(قوله: لَكِنْ بِشَرْطِ التَّقَابُضِ) قال في «البحر»: ولا يُشترطُ في صلح أحد الورثة المتقدِّم أن تكون أعيانُ التَّركة معلومةً، لكن إن وقعَ الصُّلحُ عن أحد النَّقدين بالآخر؛ يُعتبرُ التَّقابضُ في المجلس، غير أنَّ الذي في يده بقيَّةُ التَّركة إن كان جاحداً يُكتفى بذلك القبض؛ لأنَّه قبضُ ضمانٍ، فينوبُ عن قبض الصُّلح، وإن كان مُقرّاً غيرَ مانعٍ؛ يُشترطُ تجديدُ القبض. اهـ[2].

أقول: بيانُه: أنَّ التَّركةَ في يد أحد الورثة أمانةٌ، فإذا أنكرها أو منعَ؛ صارَ غاصباً، والغاصبُ ضامنٌ، وقبضُ الأمانة لا ينوبُ عن قبض الضَّمان، فيلزمُ تجديدُ القبض فيما لو كان مُقرّاً غيرَ مانعٍ، وإلا لا. وهذا في غير النَّقدين، أمَّا هما في صورةِ ما إذا صالَحا على جنسهما؛ فلا بُدَّ من حضور ذلك للمجلس وتجديد القبض فيه؛ لأنَّه صرفٌ محضٌ كما يأتي.

(قوله: وَغَيْرِهِمَا) وكذا عن النَّقدين فقط.

(قوله: بِأَحَدِ النَّقْدَيْنِ) قيَّد بأحد النَّقدين احترازاً عمَّا إذا كان بدلُ الصُّلح مجموعَ النَّقدين، فإنَّه يصحُّ كيف كان؛ لأنَّا نَصرفُ الجنسَ إلى خلاف الجنس تصحيحاً للعقد

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٠- ٢٦٢ ملخصاً.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٢.

لا) يصحُّ (**إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَا أُعْطِيَ لَهُ أَكْثَرَ مِنْ حِصَّتِهِ مِنْ ذَلِكَ الجِنْسِ**) ....

كما في البيع، بل أَوْلى؛ لأنَّ المقصودَ من الصُّلح قطعُ المنازعة، ولكن يُشترطُ فيه التَّقابضُ قبل الافتراق؛ لأنَّه صرفٌ. ط[1].

(قوله: **إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَا أُعْطِيَ لَهُ أَكْثَرَ مِنْ حِصَّتِهِ مِنْ ذَلِكَ الجِنْسِ**) فلو كان ما أعطوهُ أقلَّ أو مساوياً لنصيبه، أو لا يعلمُ قدرُ نصيبه من الدَّراهم؛ فسدَ الصُّلحُ. ط[2]. قال في «البحر»: ولو صالَحوه عن النَّقدين وغيرهما بأحد النَّقدين؛ لا يصحُّ الصُّلحُ ما لم يعلم أنَّ ما أعطوهُ أكثرُ من نصيبه من ذلك الجنس إن كانوا متصادقينَ، وإن أنكرور وراثتَه؛ جاز مطلقاً بشرط التَّقابض فيما يقابلُ النَّقدَ منه، وإن لم يعلمْ قدرُ نصيبه من ذلك الجنس؛ فالصَّحيحُ: أنَّ الشكَّ إن كان في وجود ذلك في التَّركة جاز الصُّلحُ، وإن علمَ وجودُ ذلك في التَّركة، لكن لا يُدرى أنَّ بدلَ الصُّلح من حصَّتها أقلُّ أو أكثرُ أو مثلُه؛ فَسدَ. كذا في «فتاوى قاضيخان»[3]. اهـ[4]. وفي المقدسيِّ: قال الحاكمُ: إنَّما يبطلُ حال التَّصادق، وفي التَّناكر يجوز لا يكون[5] حينئذٍ بدلاً في حقِّ الآخذ ولا حقَّ الدَّافع. وفي «الغاية»: قال شيخُ الإسلام: الصَّحيحُ: أنَّه باطلٌ في الوجهين؛ لأنَّه يكون معاوضةً في حقِّ المدَّعي، فيدخلُ

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٩ عن مكي عن «التبيين».

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٥٩.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٣/ ٤٨٧.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٢.

(٥) في هامش بولاق: (قوله: لا يكون، هكذا بالأصل، وعبارة والده رَحِمَهُ اللَّهُ في حاشية الدر: وقال الحاكمُ الشهيدُ: إنما يبطلُ على أقلَّ من نصيبه في مال الرِّبا حالةَ التَّصادق، وأما في حالة التناكر بأن أنكروا وراثتَه؛ فيجوزُ، وجهُ ذلك: أنَّ في حالة التكاذب ما يأخذُه لا يكون بدلاً في حقِّ الآخذ ولا في حقِّ الدافع. اهـ وهي واضحةٌ، بل سيأتي له في الصحيفة بعد هذه عبارة الحاكم تامَّةً. اهـ مصححه).

تحرُّزاً عن الرِّبا، ولا بُدَّ من حضور النَّقدين عند الصُّلح، وعلمِه بقَدْر نصيبه. «شرنبلاليَّة»[1] و«جلالية».

فيه معنى الرِّبا من الوجه الذي قلنا، وإن زادَ صحَّ، فيكون قدر حظِّه به، والباقي بحقِّه في باقي التَّركة.

(قوله: تَحَرُّزاً عَنِ الرِّبَا) قال في «الدُّرَر»: ليكون حصَّتُه بمثله، والزِّيادةُ بمقابلة حقِّه من بقيَّةِ التَّركة صوناً عن الرِّبا، فلا بُدَّ من التَّقابض فيما يُقابلُ حصَّتَه من الذَّهب أو الفضَّة؛ لأنَّه صرفٌ في هذا القدر. اهـ[2].

(قوله: وَلا بُدَّ مِنْ حُضُورِ النَّقْدَيْنِ عِنْدَ الصُّلْحِ) لم يذكرْ هذا في «الشُّرنبلاليَّة»، ولا وجهَ لاشتراطه، وإن أرادَ به: حضورَ البدل إذا كان منهما؛ فقد أفاده بقوله سابقاً: (لكن بشرط التَّقابض فيما هو صرفٌ). ط[3]. إلا أن يقال: أرادَ بالحضور: الحكميَّ بأن يحضُرَهما قبل الافتراق؛ لأنَّ الشَّرطَ التَّقابضُ في المجلس، أو يكون ما يرادُ أن يُعطى للمدفوع له تحت يده لا بطريق الأمانة.

(قوله: وَعِلْمِهِ بِقَدْرِ نَصِيبِهِ) أي: ليعلمَ أنَّ ما أخذَه أزيدُ من نصيبه من ذلك الجنس تحرُّزاً عن الرِّبا. قال أبو السُّعود: وإنَّما اشتُرطَ العلمُ بقدر نصيبه لاحتمال الرِّبا؛ لأنَّ الفسادَ على تقدير كونه مساوياً له أو أقلَّ، فكان أرجحَ وأَوْلى بالاعتبار، بخلاف الصحَّة، فإنَّها من جانبٍ واحدٍ، وهو ما إذا كان المأخوذُ أكثرَ من نصيبه، فكانت العبرةُ لجانب الفساد لكونه

---

(١) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٤٠٣ (بهامش درر الحكام).

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٤٠٣.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٠.

من وجهين. انتهى[1]. واعلم أنَّ صحَّةَ الصُّلح على الوجه المذكور ثبتتْ بالأثر، وهو أن تماضِرَ امرأةَ عبد الرحمن بن عوفٍ صالَحَها ورثتُه عن رُبُعِ ثمنها على ثمانين ألف دينارٍ، وقيل: على ثلاثةٍ وثمانينَ ألفًا بمحضر من الصَّحابة[2]. وروي أنَّ ذلك كان نصفَ حقِّها. زيلعي[3]. وتماضرُ بنتُ أصبغِ بن عمرو الكلبيِّ التي طلَّقها عبدُ الرحمن في مرض موته ثلاثًا، ثمَّ مات وهي في العدَّة، فورَّثَها عثمانُ وكانت مع ثلاثِ نسوةٍ أُخَرَ، فصالَحوها عن رُبُع ثمنها على ثلاثةٍ وثمانين ألفًا في روايةٍ: هي دراهمُ، وفي روايةٍ: هي دنانيرُ. ابن كمال باشا. وتُماضرُ بضم المثناة الفوقية وكسر الضاد المعجمة، قدمَ بها المدينةَ، فولدتْ أبا سلمةَ في سريته إلى دُومةَ الجندل في شعبان سنة ستٍّ كما في «المواهب»[4]، قال: والضَّميرُ في سريته لعبد الرحمن بن عوفٍ. ودُومةُ بضم الدال وفتحها: مدينةٌ بينها وبين دمشقَ نحو عشرِ مراحلَ، وبُعدها من المدينة نحو ثلاثَ عشرةَ مرحلةً، سمِّيتْ بدوما بن إسماعيل؛ لأنَّه كان نزلها عَلَيْهِ السَّلَامُ. وأصبغُ هذا من المخضرمين أدركَ الجاهليَّةَ والإسلامَ، ولم يَجتمعْ به عَلَيْهِ السَّلَامُ، أسلم على يد سيِّدنا عبد الرحمن بن عوف. وقولُه: روي أنَّ ذلك كان نصفَ حقِّها، فعلى كون بدل الصُّلح كان ثمانينَ ألفًا وأنَّها نصفُ حقِّها؛ يكون جميعُ ماله المتروك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ خمسةَ آلاف ألف ألفٍ ومائةَ وعشرين ألفًا، ويكون ثُمنُه ستَّمائةِ ألفٍ وأربعين ألفًا، ورُبُعُ الثُّمن مائةَ ألفٍ وستون ألفًا، ونصفُ رُبُع الثُّمُن ثمانون ألفًا.

---

(١) «فتح المعين»: ٣/ ١٨٧.

(٢) قال الزيلعي: (غريب، وروى عبد الرزاق في مصنفه: أنَّ أمرأة عبد الرحمن بن عوف أخرجها أهلُه من ثُلُث الثُّمن بثلاثة وثمانين ألف درهمٍ). انظر: «نصب الراية»: ٤/ ١١٢- ١١٣.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٠.

(٤) «المواهب اللدنية»: ١/ ٣٠٩.

ولو بعَرْضٍ؛ جازَ مطلقاً؛ لعدم الرِبا، وكذا لو أنكروا إرثَه؛ لأنَّه حينئذٍ ليس ببدلٍ، بل لقطعِ المنازعة ....

(قوله: وَلَوْ بِعَرْضٍ) يعني: لو كان بدلُ الصُّلح عرضاً في الصُّور كلِّها جاز مطلقاً وإن قَلَّ ولم يُقبضْ في المجلس، وظاهرُه يعمُّ ما لو كان العرضُ من التَّركة؛ إذ حقُّه ليس في جميعه، فيكون مبادلاً عن نصيبه في بقيَّة التَّركة بما زادَ عن حقِّه فيه.

(قوله: وَكَذَا لَوْ أَنْكَرُوا إِرْثَهُ) أي: فإنَّه يجوزُ مطلقاً. قال في «الشُّرنبلاليَّة»: وقال الحاكمُ الشَّهيدُ: إنَّما يبطلُ على أقلَّ من نصيبه في مال الرِّبا حالةَ التَّصادق، وأمَّا في حالة التَّناكر بأن أنكروا وراثتَه؛ فيجوزُ. وجهُ ذلك: أنَّ في حال التَّكاذب ما يأخذُه لا يكون بدلاً في حقِّ الآخذ ولا في حق الدَّافع. هكذا ذكره المرغينانيُّ. ولا بُدَّ من التَّقابض فيما يقابلُ الذَّهبَ والفضَّةَ منه لكونه صرفاً، ولو كان بدلُ الصُّلح عَرْضاً في الصُّور كلِّها؛ جازَ مطلقاً وإن قَلَّ ولم يُقبضْ في المجلس. اهـ[1].

أقول: لكن في قوله: لا يكون بدلاً لا في حقِّ الآخذ فيه: أنَّه بدلٌ في زعمه، وعليه فينبغي أن لا يَحِلَّ له الأخذُ ما لم يعلم مقدارُ حقِّه من ذلك الجنس؛ لأنَّه إن لم يعلمْ قدرُ نصيبه من ذلك الجنس لا يصحُّ؛ لأنَّ فيه شُبهةَ الرِّبا، وهي مُحرَّمةٌ، وإن شُكَّ في وجود ذلك الجنس في التَّركة صحَّ؛ لأنَّه حينئذٍ يكون شُبهةَ الشُّبهة، وهي لا تحرمُ.

(قوله: بَلْ لِقَطْعِ المُنَازَعَةِ) هذا في حقِّ المدَّعى عليه، أمَّا في حقِّ المدَّعي؛ فأخذٌ لبعض حقِّه وإسقاطٌ للباقي؛ لأنَّهم بجحودهم حقَّه صاروا غاصبينَ، وصار المالُ مضموناً عليهم في ذمَّتهم من قَبيل الدَّين، وقد علمَ حكمُ الصُّلح عن الدَّين بجنسه، بخلافِ ما إذا

(١) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٤٠٣ (بهامش درر الحكام).

(وَبَطَلَ الصُّلْحُ إِنْ أُخْرِجَ أَحَدُ الوَرَثَةِ وَفِي التَّرِكَةِ دُيُونٌ ....

أقرُّوا بذلك، فإنَّ المالَ حينئذٍ عينٌ وإن كان من النَّقدين، ولا يصحُّ الإسقاطُ في الأعيان، فلذلك تعيَّنَ أن يكون صَرفاً. لكن قد يقال فيه: إنَّ المالَ القائمَ إذا صار مضموناً لا ينتقلُ للذِّمَّة، وعليه فلا فرقَ بين الصُّورة المذكورة وما بعدها في أنَّ بكلٍّ منها إسقاطُ العين، وهو لا يجوزُ، وإنَّما جوَّزوا الصُّورةَ الأولى باعتبار أنَّ ما يأخذُه بدلاً لا في حقِّ الآخذ ولا في حقِّ الدَّافع. تأمَّلْ.

(قوله: وَبَطَلَ الصُّلْحُ... إلخ) أي: في الكلِّ عند الكلِّ على الأصحِّ. وقيل: عندهما يبقى العقدُ صحيحاً فيما وراء الدَّين. ط[1]. قال العلَّامةُ أبو السُّعود: هذا ليس على إطلاقه؛ لِمَا سبق عن الزَّيلعيِّ من أنَّه ينبغي أن يجوزَ عندهما في غير الدَّين إذا بيِّنَتْ حصَّتُه، وإنَّه يُشكلُ إن كان هو قولَ الكلِّ لا خلافَ لهما؛ لأنَّ قياسَ مذهبهما في الجمع بين الحرِّ والعبد والشَّاةِ الذَّكيَّة والميتة حيث جُوِّزَ العقدُ في العبد والذَّكيَّة إذا بُيِّنَ ثمنُ كلٍّ منهما: أن يجوزَ الصُّلحُ عندهما في غير الدَّين إذا بيِّنتْ حصَّتُه. اللهمَّ إلا أن يُحملَ هذا على ما إذا لم يُبيَّنْ ما يقابلُ كلَّ واحدٍ منهما، أو يُفرَّقَ عندهما بين البيع والصُّلح، والظَّاهرُ: أنَّه لم يَرِدْ نصٌّ في الصُّلح عنهما، ولهذا ذكره الزَّيلعيُّ بلفظ: "ينبغي" قياساً على البيع، وكذا قولُ الشَّارح: "قيل: هذا قولُ أبي حنيفةَ، وقيل: هو قولُ الكلِّ" ظاهرٌ في عدم ورود نصٍّ عنهما، فلهذا اختلفَ المشايخُ فيه. انتهى[2].

(قوله: وَفِي التَّرِكَةِ دُيُونٌ) أي: على النَّاس لقرينةِ ما يأتي، وكذا لو كان الدَّينُ على

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٠.

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ١٨٧.

بِشَرْطِ أَنْ تَكُونَ الدُّيُونُ لِبَقِيَّتِهِمْ) لأنَّ تمليكَ الدَّين ....

الميت. قال في «البزَّازيَّة»: وذكر شمسُ الإسلام: أنَّ التَّخارجَ لا يصحُّ إن كان على الميِّت دَينٌ، أي: يطلبُه ربُّ الدَّين؛ لأنَّ حكمَ الشَّرع أن يكون الدَّينُ على جميع الورثة. انتهى[(١)].

(قوله: بِشَرْطِ) متعلِّقٌ بـ(أخرج).

(قوله: لِأَنَّ تَمْلِيكَ الدَّيْنِ... إلخ) وهو هنا حصَّةُ المصالح. قال في «الدرر»: لأنَّه يَصيرُ مملِّكاً حصَّتَه من الدَّين لسائر الورثةِ بما يأخذُ منهم من العين، وتمليكُ الدَّين من غير مَنْ عليه الدَّينُ باطلٌ وإن كان بعِوَضٍ، وإذا بطلَ في حصَّةِ الدَّين؛ بطلَ في الكلِّ. انتهى[(٢)]. فقول «الدُّرر»: لأنَّه ـ أي: المصالح عن الدَّين والعين ـ يعمُّ العَرَضَ والعقارَ والمكيلَ والموزونَ الحاضرَ، وغيرُ مَنْ عليه الدَّينُ هنا بقيَّةُ الورثة. وقولُه: بطلَ في الكلِّ؛ لأنَّ العقدَ الواحدَ إذا فسدَ في بعض المعقود عليه؛ فسدَ في الكلِّ، وهو قولُ أبي حنيفةَ. والدَّليلُ له في مسألة البيوع[(٣)]. وعندهما: يبقى العقدُ صحيحاً فيما وراء الدَّين. وقيل: هو قولُ الكلِّ كما في «الكافي» وغيره كما قدَّمْناه عنه قريباً.

أقول: وينبغي أن ليس اختلافُ القولين بين المشايخ على إطلاقه، بل اللَّائقُ كونُ البطلان قولَ الكلِّ إذا لم يُبيَّن حصَّةُ الدَّين في البدل، وأمَّا إذا بُيِّنَ؛ فيصحُّ الصُّلحُ عندهما فيما وراء الدَّين بحصَّته؛ إذ لا موجِبَ للبُطلان حينئذٍ فيه عندهما. تدبَّرْ. وأشار إلى ذلك ابنُ ملكٍ.

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٠٤.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٤٠٣.

(٣) في هامش بولاق: (قوله: والدليل له في مسألة البيوع، وهي ما إذا جمع بين حرٍّ وعبدٍ وباعهما صفقةً واحدةً، وبيَّن حصَّةَ كلِّ واحدٍ منهما من الثَّمن؛ بطلَ في حقِّ العبد عنده، وعندهما: صحَّ في العبد؛ لأنَّ الصفقةَ لا تتعدَّدُ بتفصيل الثَّمن، بل لا بدَّ من تكرُّر لفظ العقد عنده، خلافاً لهما. اهـ منه).

من غير مَن عليه الدَّينُ باطلٌ. ثمَّ ذكرَ لصحَّته حِيَلاً فقال: (وَصَحَّ لَوْ شَرَطُوا إِبْرَاءَ الغُرَمَاءِ

(قوله: مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ) وهو الورثةُ هنا.

(قوله: بَاطِلٌ) لِمَا ذُكرَ من أنَّه يصيرُ مملِّكاً حصَّتَه من الدَّين... إلى آخر ما قدَّمْناه عن «الدُّرَر». أي: ثمَّ يتعدَّى البطلانُ إلى الكلِّ؛ لأنَّ الصَّفقةَ واحدةٌ، سواءٌ بيِّنَ حصةُ الدَّين أو لم يُبيِّنْ.

وأقول: هذا إذا لم يُسلِّطْهم ولم يوكِّلْهم في مقدار نصيبه من الدَّين، وأمَّا إذا سلَّطَهم؛ فينبغي أن يصحَّ الصُّلحُ. كذا قيل.

(قوله: وَصَحَّ لَوْ شَرَطُوا إِبْرَاءَ الغُرَمَاءِ) أي: إبراء المصالح للغرماء، والظَّاهرُ: أنَّ هذه الحِيَلَ لخروجه عن كلِّ التَّركة، ولذا قال في «السِّراج» و«المنح»: وفي الوجهين ضررٌ ببقيَّة الورثة، فلا يصحُّ قولُ الشَّارح (وأحالهم بحصَّته)؛ لأنَّها سقطتْ عن الغرماء كما صرَّحَ به البزَّازيُّ أيضاً[1]. وسنبيِّنُه قريباً في المقولة الآتية إن شاء اللهُ تعالى. ولم يذكرْ حيلةً مع أنَّها أحسنُ مما ذكرَ وكنتُ أقتصرُ عليها، ورأيتُها في المقدسيِّ، وهي: أن يأمُرَهم ليَقبضوه له ثمَّ لهم، لكن له أن يَرجعُ، فالأوجهُ الآتي أَوْلى.

فرعٌ: ادَّعت امرأةٌ ميراثَها، فصُولحتْ على أقلَّ من حظِّها أو مهرها؛ صحَّ ولا يطيبُ لهم إن عَلِموا، فإن برهنتْ بعد ذلك؛ بطلَ الصُّلحُ. اهـ. وسيأتي في المتن: أنَّه الاشهرُ، أو أنَّه محمولٌ على قول المتن السَّابق: (صولحَ على بعض ما يدَّعيه... إلخ)، وإلا فهو بعيدٌ عن القواعد، إلا أن يُحملَ على الدِّيانة، لكنَّه بعيدٌ أيضاً، لا سيَّما وقد صُولحتْ إحدى زوجات سيِّدنا عبد الرحمن بن عوفٍ على أقلَّ من حظِّها بكثيرٍ بحضورِ جمعٍ من الصَّحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أجمعين كما قدَّمْناه قريباً، فلا تنسَه.

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٠٤.

مِنْهُ) أي: من حصَّته؛ لأنَّه تمليكُ الدَّين ممَّن عليه، فيَسقطُ قدرُ نصيبه عن الغرماء، (أَوْ قَضَوْا نَصِيبَ المُصَالِحِ مِنْهُ) أي: الدَّيْن (تَبرُّعًا) منهم (وَأَحَالَهُمْ بِحِصَّتِهِ، أَوْ أَقْرَضُوهُ قَدْرَ حِصَّتِهِ مِنْهُ وَصَالَحُوهُ عَنْ غَيْرِهِ) بما يصلحُ بدلاً، (وَأَحَالَهُمْ بِالقَرْضِ عَلَى الغُرَمَاءِ وقَبِلوا الحوالةَ ....

(قوله: مِنْهُ) أي: من الدَّين، ولا يَرجعُ عليهم بنصيب المصالح، فحينئذٍ يصحُّ الصُّلحُ؛ لأنَّه حينئذٍ تمليكُ الدَّين... إلخ، أو لأنَّه إسقاطٌ.

(قوله: وَأَحَالَهُمْ بِحِصَّتِهِ) لا محلَّ لهذه الجملة هنا، وهي موجودةٌ في «شرح الوقاية» لابن ملكٍ، وهي سبقُ قلمٍ؛ إذ لم يبقَ له حصَّةٌ بعدما قضوه، ولذا قال في «المنح»: ولا يخفى ما فيه من ضررٍ بقيَّة الورثة، أي: لأنَّه لم يَستفيدوا من نصيبه في الدَّين شيئاً. انتهى. وضاعَ عليهم ما قضوهُ من الدَّين عن الغرماء. وفي بعض النسخ: (أو أحالهم)، قال ط: ذكره ردّاً على صاحب «الدُّرر» ـ وتبعه المصنِّفُ ـ حيث قالا: ولا يخفى ما فيه ـ أي: هذا الوجه ـ من الضَّرر ببقيَّةِ الورثة[1]. ولكنَّه لا يدفعُ؛ لأنَّه يرجعُ عليهم بما أحالهم به، فيكون الضَّررُ عليهم مرَّتين. انتهى[2].

أقول: في قوله: "فيكون الضَّررُ... إلخ" يأتي بيانُه قريباً عن الأتقانيِّ.

(قوله: مِنْهُ) أي: من الدَّين.

(قوله: عَنْ غَيْرِهِ) أي: عمَّا سوى الدَّين.

(قوله: بِالقَرْضِ) أي: ببدله الذي أخذَه منهم.

(قوله: وَقَبِلُوا) أي: الغرماءُ والمصالحون؛ لأنَّ الشَّرطَ قبولُ المحال عليه والمحتالِ.

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٤٠٣.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٠.

وهذه أحسنُ الحِيَل. ابنُ كمالٍ[1]. والأوجهُ أن يَبيعوه كفًّا من تمرٍ أو نحوِه بقدر الدَّيْن، ثمَّ يُحيلَهم على الغرماء. ابن ملكٍ.

(وَفِي صِحَّةِ صُلْحٍ عَنْ تَرِكَةٍ مَجْهُولَةٍ) أعيانُها ولا دَينَ فيها **(عَلَى مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ)** متعلِّقٌ بـ"صلح" **(اخْتِلَافٌ)** والصَّحيحُ الصحَّةُ. زيلعي[2]. لعدم اعتبار شُبهة الشُّبهة.

(قوله: **وَهَذِهِ أَحْسَنُ الحِيَلِ**) لأنَّ في الأولى ضرراً للورثة حيث لا يمكِنُهم الرُّجوعُ إلى الغُرَماء بقدر نصيب المصالح، وكذا في الثَّانية؛ لأنَّ النَّقدَ خيرٌ من النَّسيئة. أتقاني.

(قوله: **وَالأَوْجَهُ... إلخ**) لأنَّ في الأخيرةِ لا يخلو عن ضررٍ، وهو تأخيرُ وصولهم قدرَ حصَّته، مع أنَّه ليس لهم نفعٌ في هذا القَدْر، وهو خلافُ وضع الصُّلح غالباً.

(قوله: **ثُمَّ يُحِيلَهُمْ عَلَى الغُرَمَاءِ**) أو يحيلهم ابتداءً من غير بيعٍ ليَقبضوه له، ثمَّ يأخذوه لأنفسهم.

(قوله: **وَلَا دَيْنَ فِيهَا**) أمَّا إذا كان فيها دَينٌ؛ فلا يصحُّ الصُّلحُ لِمَا تقدَّم.

(قوله: **اخْتِلَافٌ**) فقال الفقيهُ أبو جعفرٍ بالصحَّة، وهو الصَّحيحُ. وقال ظهيرُ الدِّين المرغينانيُّ: لا يصحُّ.

(قوله: **لِعَدَمِ اعْتِبَارِ شُبْهَةِ الشُّبْهَةِ**) لأنَّ عدمَ الصحَّة باحتمال أن يكون في التَّركة مكيلٌ أو موزونٌ، ونصيبُه من ذلك مثلُ بدل الصُّلح، فيكون رباً. وقيل: يصحُّ؛ لاحتمال أن لا يكون في التَّركة مكيلٌ أو موزونٌ، وإن كان فيَحتملُ أن يكون نصيبُه أقلَّ من بدل الصُّلح، فكان القولُ بعدم الجواز مؤدِّياً إلى اعتبار شُبهة الشُّبهة، ولا عِبرةَ بها. اهـ. وإنَّما العبرةُ

---

(١) «الإيضاح»: ٢/ ٢٨٠.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٢.

وقال ابنُ الكمال: إنْ في التَّركة جنس بدلَ الصُّلح لم يجزْ، وإلا جازَ، وإن لم يُدْرَ؛ فعلى الاختلافِ[1]. (وَلَو) التَّركةُ (مَجْهُولَةً وَهِيَ غَيْرُ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ فِي يَدِ البَقِيَّةِ) من

للشُّبهة، وفي «فتاوى قاضيخان»: والصَّحيحُ ما قاله أبو جعفرٍ من أنَّه يجوز هذا الصُّلحُ؛ لأنَّ الثَّابتَ هنا شُبهةُ الشُّبهة، وذلك لا يُعتبرُ. اهـ[2]. لأنَّه يَحتملُ أن يكون في التَّركة من جنسِ بدل الصُّلح على تقدير أن يكون زائداً على بدل الصُّلح، فاحتمالُ الاحتمال يكون شُبهةَ الشُّبهة.

(قوله: جِنْسُ بَدَلِ الصُّلْحِ) تركيبٌ إضافيٌّ بإضافة (جنس) إلى (بدل الصُّلح).

(قوله: لَمْ يَجُزْ) أي: حتَّى يكون ما يأخُذُه أزيدَ من حصَّتِه من ذلك الجنس؛ ليكون الزَّائدُ في مقابلة ما يخصُّه من غير الجنس، ويشترطُ القبضُ؛ لأنَّه بمنزلة البيع، وبيعُ ما جمعهما قَدْرٌ وجنسٌ أو أحدُهما لا يجوز نسيئةً. كذا تقتضيه القواعدُ، والمرادُ أنَّه لا يجوز اتِّفاقاً، كما أنَّ الثَّاني يجوزُ اتِّفاقاً.

(قوله: وَإِلَّا) أي: إلا يكنْ في التَّركة جنسُ بدلِ الصُّلح، وهذا التَّفصيلُ لغير ما نحن فيه.

(قوله: وَإِنْ لَمْ يُدْرَ فَعَلَى الخِلَافِ) هي مسألةُ المتن، و(يُدرى) بالبناء للمجهول.

(قوله: وَهِيَ غَيْرُ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ) كذا وقعَ في «الغرر»[3]، ولا وجهَ للتَّقييد به إلا إذا كان المصالَحُ عليه مكيلاً أو موزوناً، أمَّا إذ كان غيرَهما؛ فلا يظهرُ لهذا التَّقييد وجهٌ. وقد نقَلَ المصنِّفُ هذه المسألةَ عن الزَّيلعيِّ، وعبارةُ الزَّيلعيِّ خاليةٌ عن هذا التَّقييد، ونصُّها:

---

(١) «الإيضاح»: ٢/ ٢٨٠.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٣/ ٤٨٧.

(٣) «درر الحكام شرح غرر الأحكام»: ٢/ ٤٠٣.

الورثةِ (صَحَّ فِي الأَصَحِّ) لأنَّها لا تُفضي إلى المنازعةِ؛ لقيامها في يدهم، حتَّى لو كانت في يدِ المصالِحِ أو بعضُها؛ لم يجزْ ....

وهذا يدلُّ على أنَّ الصُّلحَ مع جهالة التَّركة يجوزُ، وقيل: لا يجوز؛ لأنَّه بيعٌ، وبيعُ المجهول لا يجوزُ. والأوَّلُ أصحُّ؛ لأنَّ الجهالةَ هنا لا تُفضي إلى المنازعة؛ لأنَّها في يد بقيَّةِ الورثة، فلا يحتاجُ فيها إلى التَّسليم، حتَّى لو كانت في يد المصالح أو بعضها لا يجوزُ حتَّى يصيرَ جميعُ ما في يده معلوماً؛ للحاجة إلى التَّسليم[١]. ط[٢].

أقول: وكذا يُشترطُ أن لا يكون فيها دينٌ، ووقعَ الصُّلحُ على مكيلٍ وموزونٍ كما في الأتقانيِّ.

(قوله: صَحَّ فِي الأَصَحِّ) وقيل: لا يجوزُ؛ لأنَّه بيعُ المجهول؛ لأنَّ المصالِحَ باعَ نصيبَه من التَّركة وهو مجهولٌ بما أخذَ من المكيل والموزون. أتقاني.

(قوله: لِأَنَّهَا) أي: جهالةَ التَّركة المصالَح عنها.

(قوله: لَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ لِقِيَامِهَا فِي يَدِهِمْ) يعني: أنَّ العلَّةَ في عدم جواز المبيع إذا كان المبيعُ مجهولاً لإفضائه إلى المنازعة، وهنا لا يُفضي إليها؛ لأنَّ المصالَحَ عنه في يد بقيَّة الورثة، فلا يحتاجُ فيه إلى التَّسليم، ولا يطلبونَ شيئاً آخرَ من المصالح بمقابلة بدل الصُّلح. كذا في «العزميَّة». كمن أقرَّ بغصبِ شيءٍ، فباعَه المقَرُّ له منه؛ جازَ وإن جَهِلا قدرَه. وقيل: لا يصحُّ؛ لأنَّ المصالح باعَ نصيبَه من التَّركة وهو مجهولٌ بما أخذَه من المكيل والموزون، ومن جهالة المبيع لا يصحُّ كما في «شرح المجمع». قلتُ: واستُفيدَ منه: أنَّ ما يحتاجُ لتسليمه تلزمُ معرفتُه، وما لا فلا. «در منتقى»[٣].

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٢.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٠.

(٣) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٢٠ (بهامش مجمع الأنهر).

ما لم يُعلمْ جميعُ ما في يده؛ للحاجة إلى التَّسليم. ابنُ ملكٍ. (وَبَطَلَ الصُّلْحُ ....

أقول: واستُفِيدَ أنَّ نفسَ الجهالة غيرُ مانعةٍ لجواز البيع، بل الجهالةُ المفضيةُ إلى المنازعة مانعةٌ، ألا ترى أنَّه لو باعَ قفيزاً من صَبْرةٍ يجوز البيعُ مع الجهالة، وكذلك لو باع المغصوبَ كما ذكرنا.

(قوله: مَا لَمْ يُعْلَمْ جَمِيعُ مَا فِي يَدِهِ) أي: لا يجوزُ حتَّى يصيرَ جميعُ ما في يده معلوماً للحاجة إلى التَّسليم كما ذكرنا عن الأتقانيِّ، بخلاف ما إذا كانت في أيدي بقيَّةِ الورثة، فإنَّه يجوز مع الجهالة؛ لأنَّه يحتاجُ فيها إلى التَّسليم كما مرَّ ويأتي.

(قوله: ابْنُ مَلَكٍ) لم يذكرْ هذا القيدَ أصلاً.

خاتمةٌ: التَّهايؤ ـ أي: تناوُبُ الشَّريكين في دابَّتين غلَّةً أو ركوباً ـ يختصُّ جوازُه بالصُّلح عند أبي حنيفةَ، لا الجبر. وجائزٌ في دابَّةٍ غلَّةً أو ركوباً بالصُّلح، فاسدٌ في غلَّتَي عبدين عنده ولو جبراً. «درر البحار». وفي شرحه «غرر الأفكار»: ثمَّ اعلم أنَّ التَّهايؤَ جبراً في غلَّةِ عبدٍ أو دابَّةٍ لا يجوز اتِّفاقاً للتَّفاوت، وفي خدمةِ عبدٍ أو عبدين جاز اتِّفاقاً؛ لعدم التَّفاوت ظاهراً أو لقلَّته، وفي غلَّةِ دارٍ أو دارَيْن، أو سُكنى دارٍ أو دارين جازَ اتِّفاقاً؛ لإمكان المعادلة؛ لأنَّ التَّغييرَ لا يميلُ إلى العقار ظاهراً، وأنَّ التَّهايؤَ صلحاً جائزٌ في جميع الصُّور، كما جوَّزَ أبو حنيفة أيضاً قسمةَ الرَّقيق صُلحاً. اهـ.

(قوله: وَبَطَلَ الصُّلْحُ) أي: مع أحد الورثة ليُخرجوه عنها، فلو قَسموا التَّركةَ بين الورثة، ثمَّ ظهرَ دَينٌ محيطٌ، قيل للورثة: "اقضوهُ"، فإن قضَوْهُ؛ صحَّت القسمةُ، وإلا فُسختْ؛ لأنَّ الدَّينَ مُقدَّمٌ على الإرث، فيمنعُ وقوعَ الملك لهم، إلا إذا قضوا الدَّينَ أو أبرأ الغرماءُ ذِممَهم، فحينئذٍ تصحُّ القسمةُ؛ لزوال المال، فكذا إذا لم يكن مُحيطاً لتعلُّق حقِّ

وَالقِسْمَةُ مَعَ إِحَاطَةِ الدَّيْنِ بِالتَّرِكَةِ) إلا أن يَضمنَ الوارثُ الدَّينَ بلا رجوعٍ، أو يَضمنَ أجنبيٌّ بشرطِ براءة الميت، أو يُوفى من مالٍ آخرَ.

الغرماء بها، إلا إذا بقيَ في التَّركة ما يَفي بالدَّين، فحينئذٍ لا تفسخُ لعدم الاحتياج. كذا في قسمة «الدُّرَر»[1].

(قوله: وَالقِسْمَةُ) أي: قسمةُ التَّركة بين الورثة؛ لأنَّهم لا يَملكونَ التَّركةَ حينئذٍ؛ لتقدُّمِ حاجته، فللغريم إبطالُها ولو أجاز قبل أن يَصلَ إليه حقُّه. وفي «الظَّهيريَّة»: ولو لم يضمنِ الوارثُ، ولكن عزلوا عيناً لدَيْن الميت فيه وفاءٌ بالدَّين، ثمَّ صالَحوا في الباقي على نحو ما قلنا؛ جازَ. اهـ. قال العلَّامةُ المقدسيُّ: فلو هلك المعزولُ لا بُدَّ من نقض القسمة.

(قوله: بِلَا رُجُوعٍ) أمَّا لو كان برجوعٍ؛ كانت التَّركةُ مشغولةً. قال في «التَّبيين»: ولو ضمنَ رجلٌ بشرط أن لا يَرجعَ في التَّركة؛ جاز الصُّلحُ؛ لأنَّ هذا كفالةٌ بشرط براءة الأصيل، وهو الميِّتُ، فتصيرُ حوالةً، فيخلو مالُ اليتيم عن الدَّين، فيجوز تصرُّفُهم فيه. اهـ[2].

(قوله: بِشَرْطِ بَرَاءَةِ المَيِّتِ) تبعَ فيه المصنِّفَ، وقد علمَ من عبارة الزَّيلعيِّ: أنَّ المدارَ على اشتراط عدم الرُّجوع في التَّركة، وقد بيَّنَ وجهَه. ط[3].

(قوله: يُوَفَّى) بالبناء للمجهول بضمٍّ ففتحٍ فتشديدٍ.

(قوله: مِنْ مَالٍ آخَرَ) الأَوْلى تقديمُه على: (أو يضمن أجنبيٌّ)، فإنَّ الضَّميرَ فيه يرجعُ إلى الوارث إذا لم يُبْنَ للمجهول لفظُ (يوفَّى)، وسواءٌ وفَّى الوارثُ من ماله الخاصِّ به أو

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٤٢٥.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٢.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٠.

(وَلَا) يَنبَغِي أن (يُصَالَحَ) ولا يُقسَمَ (قَبْلَ القَضَاءِ) بالدَّيْن (فِي غَيْرِ دَيْنٍ مُحِيطٍ، وَلَوْ فُعِلَ) الصُّلحُ والقسمةُ؛ (صَحَّ) لأنَّ التَّركةَ لا تخلو عن قليلِ دينٍ، فلو وُقفَ الكلُّ؛ تضَرَّرَ الورثةُ، فيُوقفُ قدرُ الدَّين استحساناً. «وقاية»[1] ....

من عينٍ أخرى ظهرتْ للميِّت.

(قوله: وَلَا يَنبَغِي أن يصالَحَ) أي: بل يُكرهُ، وهل هي تنزيهيَّةٌ أو تحريميَّةٌ؟ حرِّرْه. ط[2].

أقول: معنى: لا ينبغي: خلافُ الأَوْلى، وخلافُ الأَوْلى مكروهٌ تنزيهاً. قال في «البحر»: لا ينبغي الأَوْلى أن لا يفعلوا ذلك حتَّى يقضوا الدَّين. اهـ[3].

(قوله: اسْتِحْسَاناً) والقياسُ أن لا يجوزَ؛ لأنَّ كلَّ جزءٍ من أجزاء التَّركة مشغولٌ بالدَّين؛ لدعم الأولويَّة بالصَّرف إلى جزءٍ دون جزءٍ، فصار كالمستغرِق، فيمنعُ من دخوله في ملك الورثة. ووجهُ الاستحسان ما ذكره من التَّعليل بقوله: (لأنَّ التَّركةَ لا تخلو عن قليلِ دينٍ... إلخ). والأَوْلى تقديمُ قوله: (استحساناً) عند قوله: (صحَّ لأنَّ التَّركةَ... إلخ)؛ لأنَّه يُوهمُ خلافَ المراد، وما هنا موافقٌ لِمَا في الزَّيلعيِّ، مخالفٌ لِمَا في مسكين والعينيِّ[4]، فإنَّ عبارةَ مسكين: ولو على الميِّت دَينٌ محيطٌ - أي: مستغرقٌ جميعَ التَّركة - بأن لا يبقى شيءٌ بعد أدائه؛ بطلَ الصُّلحُ والقسمةُ، وإن لم يكن مُستغرقاً؛ لا ينبغي أن يُصالحوا ما لم يُعطوا دينَه، ولو فعلوا قالوا: يجوز الصُّلحُ. وذكر الكرخيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في القسمة: أنَّها

(١) «شرح الوقاية»: ٤/ ٢٤١.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٠.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٢.

(٤) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٠.

لئلَّا يحتاجوا إلى نقضِ القسمة. «بحر»[1]. (وَلَوْ أَخْرَجُوا وَاحِداً) من الورثةِ؛ (فَحِصَّتُهُ تُقْسَمُ بَيْنَ البَاقِي عَلَى السَّوَاءِ ....

لا تجوزُ استحساناً، وتجوزُ قياساً. اهـ[2]. وعبارةُ الزَّيلعيِّ: وإن لم يكن مستغرقاً جاز استحساناً، والقياسُ أن لا يجوزَ... إلخ[3].

(قوله: لِئَلَّا يَحْتَاجُوا) علَّةٌ لقوله: (فيوقفُ)، قال صدرُ الشَّريعة: ولو صالَحَ؛ فالمشايخُ قالوا: صحَّ؛ لأنَّ التَّركةَ لا تخلو عن قليلِ دَينٍ، والدَّائنُ قد يكون غالباً، فلو جُعلتِ التَّركةُ موقوفةً؛ لتضرَّرَ الورثةُ، والدَّائنُ لا يتضرَّرُ؛ لأنَّ على الورثة قضاءَ دينه، ووُقفَ قدرُ الدَّين، وقُسمَ الباقي استحساناً، ووقفُ الكلِّ قياسٌ... إلخ[4].

(قوله: عَلَى السَّوَاءِ) أفادَ أنَّ أحدَ الورثة إذا صالَحَ البعضَ دون الباقي؛ يصحُّ وتكون حصَّتُه له فقط، وكذا لو صالَحَ الموصى له كما في الأنقرويِّ: مسألةٌ: في رجلٍ ماتَ عن زوجةٍ وبنتٍ وثلاثة أبناءِ عمٍّ عصبةٍ، وخلَّفَ تركةً اقتسموها بينهم، ثمَّ ادَّعت الورثةُ على الزَّوجة بأنَّ الدَّارَ التي في يدها ملكُ مورِّثهم المتوفَّى، فأنكرتْ دعواهم، فدفعتْ لهم قَدْراً من الدَّراهم صُلْحاً عن إنكارٍ: فهل يُوزَّعُ بدلُ الصُّلح عليهم على قدر مواريثهم، أو على قدر رؤوسهم؟ الجوابُ: قال في «البحر»: وحكمُه في جانب المصالح عليه وقوعُ الملك فيه للمدَّعي، سواءٌ كان المدَّعى عليه مقرّاً أو منكراً، وفي المصالَح عنه وقوعُ الملك فيه للمدَّعى عليه. اهـ[5]. ومثلُه في «المنح». وفي «مجموع النَّوازل»: سُئلَ عن الصُّلح عن

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٢.

(٢) «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٢٩.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٢.

(٤) «شرح الوقاية»: ٤/ ٢٤١.

(٥) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٥٥.

إِنْ كَانَ مَا أَعْطَوْهُ مِنْ مَالِهِمْ غَيْرُ المِيرَاثِ، وَإِنْ كَانَ) المعطَى (مِمَّا وَرِثُوهُ؛ فَعَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ) يُقسمُ بينهم، ....

الإنكار بعد دعوى فاسدةٍ: هل يصحُّ؟ قال: لا؛ لأنَّ تصحيحَ الصُّلح على الإنكار من جانب المدَّعي أن يُجعلَ ما أخذَ عينَ حقِّه أو عِوَضاً عنه لا بُدَّ أن يكون ثابتاً في حقِّه ليُمكنَ تصحيحُ الصُّلح. من «الذَّخيرة». فمقتضى قوله وقوع الملك فيه للمدَّعي وقولِه: أن يجعلَ عينَ حقِّه أو عِوضاً عنه أن يكون على قَدْر مواريثهم. سيدي الوالدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن «مجموعة منلا علي التركماني أمين الفتوى بدمشق الشام»[1].

(قوله: إِنْ كَانَ مَا أَعْطَوْهُ مِنْ مَالِهِمْ) أي: وقد استوَوْا فيه، ولا يظهرُ عند التَّفاوت. ط[2].

(قوله: فَعَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ) قال في «السِّراجيَّة» وشرحها: مَنْ صالَحَ عن شيءٍ من التَّركة؛ فاطرحْ سهامَه من التَّصحيح، ثمَّ اقسمْ باقي التَّركة على سهام الباقين، كزوجٍ وأمٍّ وعمٍّ، فصالَحَ الزَّوجُ عن نصيبه على ما في ذمَّتِه من المهر وخرجَ من البَيْن، فيُقسمُ باقي التَّركة بين الأمِّ والعمِّ أثلاثاً بقَدْر سهامهما: سهمان للأمِّ وسهمٌ للعمِّ. فإن قلت: هَلَّا جعلتَ الزَّوجَ بعد المصالَحَة وخروجِه من البين بمنزلة المعدوم؟! وأيُّ فائدةٍ في جعلِه داخلاً في تصحيح المسألة مع أنَّه لا يأخذُ شيئاً وراءَ ما أخذَه؟ قلتُ: فائدتُه: أنَّا لو جعلناه كأن لم يكنْ وجعلْنا التَّركةَ ما وراء المهر؛ لانقلب فرضُ الأمِّ من ثُلُث أصل المال إلى ثُلُث الباقي؛ إذ حينئذٍ يقسمُ الباقي بينهما أثلاثاً، فيكون للأمِّ سهمٌ وللعمِّ سهمانِ، وهو خلافُ الإجماع؛ إذ حقُّها ثُلُثُ الأصل، وإذا أدخَلْنا الزَّوجَ في المسألة؛ كان للأمِّ سهمانِ من السِّتَّة، وللعمِّ سهمٌ واحدٌ، ويقسمُ الباقي بينهما على هذه الطَّريقة، فتكون مستوفيةً

(١) «رد المحتار»: ١٤/ ٣٩١.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٠.

وقيَّدَه الخصَّافُ بكونه عن إنكارٍ، فلو عن إقرارٍ؛ فعلى السَّواء.

وصلحُ أحدهم عن بعض الأعيان صحيحٌ، ولو لم يُذكرْ في صكِّ التَّخارج ....

حقَّها من الميراث. اهـ ملخَّصاً[1]. ط[2]. وسيأتي آخرَ كتاب الفرائض بيانُ قسمة التَّركة مفصَّلاً.

(قوله: وَقَيَّدَهُ الخَصَّافُ) أي: قيَّدَ جريانَ هذا التَّفصيل بما إذا كان الورثةُ مُنكرينَ.

(قوله: فَعَلَى السَّوَاءِ) أي: مطلقاً. «منح». سواءٌ كان الدَّفعُ من التَّركة أو من غيرها؛ لأنَّه بمنزلة البيع، فكأنَّهم اشترَوْه جميعاً، ولا يظهرُ التَّساوي إلا إذا كان المدفوعُ متساوياً بينهم، وعليه فينبغي أن يرجعَ الأكثرُ حصَّةً في التَّركة على الأقلِّ حصَّةً بقَدْر ما دفعَ من ماله عنه. فليتأمَّلْ. قال الشُّرنبلاليُّ في «شرح الوهبانيَّة»: والوجهُ: أنَّهما في الإقرار يكونان مشتريَيْن، فيتنصَّفُ، وفي الإنكار مدَّعيين العين للتَّركة، فيكون على قدر الأنصباء، واختارهُ البعضُ[3].

(قوله: عَنْ بَعْضِ الأَعْيَانِ) أشارَ به إلى أنَّه كما يصحُّ الصُّلحُ معه عن كلِّ أعيانها؛ يصحُّ عن بعضها اعتباراً للجزء بالكلِّ. وفي «المجتبى»: ادَّعى مالاً - أي: معلوماً - أو غيرَه، فجاءَ رجلٌ واشترى ذلك من المدَّعي؛ يجوز الشِّراءُ في حقِّ المدَّعي، ويقومُ مقامَه في الدَّعوى، فإن استحقَّ شيئاً كان له، وإلا فلا. فإن جحدَ المطلوبُ ولا بيِّنةَ؛ فله أن يرجعَ. اهـ حموي[4]. ومثلُه في «البحر»[5]. قال سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللهُ: وتأمَّلْ في وجهه،

---

(١) «شرح السراجية» للسيد الشريف: ص١١٧ - ١١٨.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٠ - ٣٦١.

(٣) «تيسير المقاصد»: ص٤٦٤.

(٤) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦٨/ آ شهيد علي باشا.

(٥) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٣.

أنَّ في التَّركة ديناً أم لا؛ فالصكُّ صحيحٌ وكذا لو لم يذكُرْه في الفتوى، فيُفتى بالصحَّةِ، ويُحملُ على وجودِ شرائطها. «مجمع الفتاوى». (وَالمُوصَى لَهُ) بمبلغٍ من التَّركة (كَوَارِثٍ فِيمَا قَدَّمْنَاهُ) ....

ففي «البزازيَّة» من أوَّل كتاب الهبة: وبيعُ الدَّين لا يجوزُ، ولو باعَ من المديون أو وهبَه جازَ[1]. اهـ[2].

أقول: لم يظهرْ لي وجهُه مع تصريحهم بعدم صحَّة بيعِ الدَّين لغير مَنْ عليه الدَّينُ، فهو غيرُ صحيحٍ فيما يظهرُ، وفوق كلِّ ذي علمٍ عليمٌ.

(قوله: أَفِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ) هكذا في بعض النُّسخ، وفي بعضها: "أن" بدل "أفي"، وعليها فيلزمُ نصبُ (دين)، وعليها كتب ط[3]، والمرادُ: أنَّ الصكَّ صحيحٌ، يعني: إذا أقرَّ بما فيه؛ عُملَ به، وليس له نقضُه إلا بمسوِّغٍ.

(قوله: وَكَذَا لَوْ لَمْ يَذْكُرْهُ فِي الفَتْوَى) أي: في السُّؤال الذي رُفعَ ليكتبَ عليه أو يجابَ عنه، أي: فلا يجبُ على المفتي البحثُ. ط[4].

(قوله: وَالمُوصَى لَهُ بِمَبْلَغٍ مِنَ التَّرِكَةِ كَوَارِثٍ) صورتُها: رجلٌ أوصى لرجلٍ بعبدٍ أو دارٍ، فتركَ ابناً وابنةً، فصالَحَ الابنُ والابنةُ الموصى له بالعبد على مائةِ درهمٍ، قال أبو يوسفَ: إن كانت المائةُ من مالهما غيرِ الميراث؛ كان العبدُ بينهما نصفينِ، وإن صالحاه من المال الذي وَرِثاه عن أبيهما؛ كان المالُ بينهما أثلاثاً؛ لأنَّ المائةَ كانت بينهما أثلاثاً.

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٤.

(٢) «رد المحتار»: ١٤/ ٣٩٢.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦١.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦١.

من مسألة التَّخارج.

(صَالَحُوا) أي: الورثةُ **(أَحَدَهُمْ)** وخرجَ من بينهم، **(ثُمَّ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ دَيْنٌ أَوْ عَيْنٌ لَمْ يَعْلَمُوهَا: هَلْ يَكُونُ ذَلِكَ دَاخِلاً فِي الصُّلْحِ)** المذكور؟ **(قَوْلَانِ:**........................

وذكرَ الخصَّافُ في «الحِيَل»: أنَّ الصُّلحَ إن كان عن إقرارٍ؛ كان العبدُ الموصى به بينهما نصفينِ، وإن كان عن إنكارٍ؛ فعلي قدر الميراث، وعلى هذا بعضُ المشايخ، وكذلك في الصُّلح عن الميراث. كذا في قاضيخان.

(قوله: مِنْ مَسْأَلَةِ التَّخَارُجِ) أي: بتفاصيلها.

(قوله: صَالَحُوا... إلخ) أقول: قال في «البزازيَّة» في الفصل السَّادس من الصُّلح: ولو ظهرَ في التَّركة عينٌ بعد التَّخارج؛ لا روايةَ في أنَّه هل يدخلُ تحت الصُّلح أم لا؟ ولقائلٍ أن يقول: يَدخلُ، ولقائلٍ أن يقول: لا. اهـ[1]. ثم قال بعد نحو ورقتينِ: قال تاجُ الإسلام ـ وبخطِّ صدر الإسلام وجدتُه ـ: صالَحَ أحدُ الورثة وأبرأَ إبراءً عامّاً، ثمَّ ظهرَ في التَّركة شيءٌ لم يكن وقتَ الصُّلح؛ لا روايةَ في جواز الدَّعوى، ولقائلٍ أن يقول بجوازِ دعوى حصَّتِه منه، وهو الأصحُّ. ولقائلٍ أن يقول: لا. وفي «المحيط»: لو أبرأَ أحدُ الورثة الباقيَ، ثمَّ ادَّعى التَّركةَ وأنكروا؛ لا تُسمعُ دعواهُ، وإن أقرُّوا بالتَّركة؛ أُمروا بالردِّ عليه. اهـ كلامُ «البزَّازيَّة»[2]. ثمَّ قال بعد أسطرٍ: صالَحَت ـ أي: الزَّوجةُ ـ عن الثُّمن، ثمَّ ظهرَ دَينٌ أو عينٌ لم يكن معلوماً للورثة، قيل: لا يكون داخلاً في الصُّلح ويُقسمُ بين الورثة؛ لأنَّهم إذا لم يَعْلموا كان صُلحُهم عن المعلوم الظَّاهر عندهم، لا عن المجهول، فيكون كالمستثنى

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٠٤.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٠٨.

أَشْهَرُهُمَا: لا) ....

من الصُّلح، فلا يبطلُ الصُّلحُ. وقيل: يكون داخلاً في الصُّلح؛ لأنَّه وقعَ عن التَّركة، والتَّركةُ اسمٌ للكلِّ، فإذا ظهرَ دَيْنٌ؛ فسدَ الصُّلحُ، ويُجعلُ كأنَّه كان ظاهراً عند الصُّلح. اهـ[1].

والحاصلُ من مجموع كلامه المذكور: إنَّه لو ظهرَ بعد الصُّلح في التَّركة عَينٌ: هل تدخلُ في الصُّلح فلا تسمعُ الدَّعوى بها، أم لا تدخلُ فتسمعُ الدَّعوى؟ قولانِ، وكذا لو صدرَ بعد الصُّلح إبراءٌ عامٌّ، ثمَّ ظهرَ للمصالَح عينٌ: هل تُسمعُ دعواه فيه؟ قولانِ أيضاً، والأصحُّ السَّماعُ بناءً على القول بعدم دخولها تحت الصُّلح، فيكون هذا تصحيحاً للقول بعدم الدُّخول. وهذا إذا اعترفَ بقيَّةُ الورثة بأنَّ العينَ من التَّركة، وإلا فلا تُسمعُ دعواهُ بعد الإبراء كما أفاده ما نقلَه عن «المحيط»، وإنَّما قيَّد بالعين؛ لأنَّه لو ظهرَ بعد الصُّلح في التَّركة دَيْنٌ؛ فعلى القول بعدم دخوله في الصُّلح يصحُّ الصُّلحُ ويُقسمُ الدَّينُ بين الكلِّ، وأمَّا على القول بالدُّخول؛ فالصُّلحُ فاسدٌ، كما لو كان الدَّينُ ظاهراً وقتَ الصُّلح، إلا أن يكون مُخرَجاً من الصُّلح بأن وقعَ التَّصريحُ بالصُّلح عن غير الدَّين من أعيان التَّركة. وهذا أيضاً ذكرَه في «البزازية» حيث قال: ثمَّ ما ظهرَ بعد التَّخارج على قول من قال من أنَّه لا يدخلُ تحت الصُّلح لا خفاءَ، ومن قال: يدخلُ تحتَه؛ فكذلكَ إن كان عيناً لا يوجبُ فسادَه، وإن دَيْناً: إنْ مُخرجاً من الصُّلح لا يفسدُ، وإلا يفسدُ. اهـ[2].

(قوله: أَشْهَرُهُمَا: لا) وعلى مقابله فإن كان الذي ظهرَ دَيْناً؛ فسدَ الصُّلحُ كأنه وجدَ في الابتداء، فيكون هو وغيرُه بين الكلِّ، وإن كان عَيْناً لا. اهـ «منح».

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٠٨.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٠٥-٢٠٦.

بل بين الكلِّ، والقولان حكاهما في «الخانيَّة» مُقدِّماً لعدم الدُّخول[1]، وقد ذكرَ في أوَّلِ «فتاواه»: أنَّه يُقدِّمُ ما هو الأشهرُ، فكان هو المعتمدَ[2]. كذا في «البحر»[3].

قلتُ: وفي «البزازيَّة»: إنَّه الأصحُّ، ولا يَبطلُ الصُّلح. وفي «الوهبانيَّة»:

وَفِي مَالِ طِفْلٍ بِالشُّهُودِ فَلَمْ يَجُزْ وَمَا يَدَّعِي خَصْمٌ وَلَا يَتَنَوَّرُ

(قوله: بَلْ بَيْنَ الكُلِّ) أي: بل يكون الذي ظهرَ بين الكلِّ.

(قوله: قُلْتُ: وَفِي «البَزَّازِيَّةِ»[4]... إلخ) وفي الثامن والعشرين من «جامع الفصولين»: إنَّه الأشبهُ.

(قوله: وَلَا يَبْطُلُ الصُّلْحُ) أي: لو ظهرَ في التَّركة عينٌ، أمَّا لو ظهرَ فيها دَيْنٌ؛ فقد قال في «البزَّازيَّة»: إن كان مخرجاً من الصُّلح لا يفسدُ، وإلا يَفسدُ كما سمعتَه[5]، أي: إن كان الصُّلحُ وقعَ على غير الدَّين لا يفسدُ، وإن وقعَ على جميع التَّركة فسدَ، كما لو كان الدَّينُ ظاهراً وقت الصُّلح.

(قوله: وَفِي مَالِ طِفْلٍ) أي: والصُّلحُ في مال الطِّفل الثَّابت بالشُّهود لم يجزْ؛ إذ لا مصلحةَ له، ومفهومُه: أنَّه يجوزُ الصُّلحُ حيث لا بيِّنةَ للطِّفل. والضَّميرُ في (لم يجز) إلى الصُّلح.

(قوله: وَمَا يَدَّعِي) عطفٌ على مأخوذٍ من المقام، أي: فلم يجزِ الصُّلحُ في مال الطِّفل

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٣/ ٤٩١.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ١/ ٢.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٢.

(٤) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٠٤.

(٥) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٠٥- ٢٠٦.

وَصَحَّ عَلَى الإِبْرَاءِ مِنْ كُلِّ عَائِبٍ . . . .

الثَّابت بالشُّهود ولا فيما يدَّعي خصمٌ ولا يتنوَّرُ، أي: لم يُنوِّرْ دعواهُ ببيِّنةٍ، وحاصلُ المعنى: إذا كان لطفلٍ مالٌ بشهودٍ؛ لم يجز الصُّلحُ فيه، ولم يجزْ مصالَحةُ من يدَّعي شيئاً على الصَّغير بدون بيِّنةٍ بمال الصَّغير؛ لأنَّ المدَّعيَ لم يَستحقَّ سوى الاستحلاف، ولا يُستحلفُ الأبُ ولا الوصيُّ ولا الصبيُّ حال صِغَره، والأبُ لا يصحُّ أن يَفديَ اليمينَ بمال الصَّغير، وإن تبرَّعَ الأبُ بماله؛ صحَّ كالأجنبيِّ، وإذا كان للمدَّعي بيِّنةٌ؛ يصحُّ الصُّلحُ بمال الصَّغير بمثل القيمة وزيادةٍ يُتغابنُ فيها كالشِّراء. وهذه المسائلُ تَجري في الأب والجدِّ ووصيِّهما والقاضي ووصيِّه، وسواءٌ كان الصُّلحُ في عقارٍ أو عبدٍ أو غيرهما، في الكلِّ أو البعض، وعليه فالصُّورُ أربعٌ فيما إذا لم يكن للطِّفل بيِّنةٌ وحيث كان للخصم بيِّنةٌ، فهذه أربعُ صُوَرٍ. وأشارَ المصنِّفُ إلى أنَّ الأربعةَ تجري مع الأب والجدِّ والوصيِّ من جهة الأب أو الجدِّ، ومن جهة الوصيِّ أو من جهة أحدِهما أو القاضي أو وصيِّ القاضي، فبلغَ اثنتين وثلاثينَ مسألةً، وسواءٌ كان الصُّلحُ في عقارٍ أو عبدٍ أو غيرهما، فيبلغُ ستَّةً وتسعينَ، وسواءٌ كان في الجميع أو البعض، فيبلغُ مائةً واثنين وتسعينَ حكماً، كلُّ ذلك مما ذكره صاحبُ «المبسوط».

قلتُ: بقيَ عليه: وصيُّ الأمِّ في تركتها ووصيِّه والأخ، قال في «المبسوط»: وصلحُ وصيِّ الأم والأخِ مثلُ صلحِ وصيِّ الأب في غير العقار[1]، فيبلغُ أضعافَ ذلك كما في «شرح الوهبانيَّة» لابن الشِّحنة[2]. وتمامُه فيه.

(قوله: وَصَحَّ عَلَى الإِبْرَاءِ مِنْ كُلِّ عَائِبٍ) الضَّميرُ في (صحَّ) يعودُ إلى الصُّلح، يعني:

---

(١) «المبسوط» للسرخسي: ٢٠/ ١٧٩.

(٢) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٣٦- ٣٧.

. . . . وَلَوْ زَالَ عَيْبٌ عَنْهُ صَالَحَ يُهْدَرُ

وَمَنْ قَالَ: إِنْ تَحْلِفْ فَتَبْرَا فَلَمْ يَجُزْ وَلَوْ مُدَّعٍ كَالأَجْنَبِيِّ يُصَوَّرُ

جاز الصُّلحُ عن البراءة من كلِّ عيبٍ؛ لأنَّ الإبراءَ عن العيب بلا بدلٍ صحيحٌ، فكذلك معه، كما لو سمَّى عيباً معلوماً؛ لأنَّه إسقاطُ الحقِّ. ولو قال: اشتريتُ منك العيوبَ بكذا لم يصحَّ. ط[1]. وهذا البيتُ للعلَّامة عبد البرِّ ذكره بعد أبياتٍ بعد البيت الأوَّل[2].

(قوله: وَلَوْ زَالَ عَيْبٌ) أي: لو صالَحَه على عيبٍ في المبيع ودفعَ له بدلاً عن الصُّلح، ثمَّ زالَ العيبُ؛ بطَلَ الصُّلحُ، ويستردُّ البدلَ، ويسقطُ عنه إن لم يكن دَفعَه لعودِ السَّلامة، وكذا كلُّ عيبٍ زالَ كطلاق المشتراة، أو لم يوجدْ يردُّ بدله كعدم الحَبَل، وكما لو ظهرَ الدَّينُ على غير المصالَح يردُّ بدلَه كما في «الشُّرنبلاليَّة»[3].

(قوله: وَمَنْ قَالَ) أي: لو ادَّعى عليه شيئاً فأنكرَ، فقال له: "إن تحلفْ على عدم ثبوت هذا الحقِّ عليكَ فأنت بريءٌ منه"؛ لم تجزْ هذه البراءةُ؛ لعدم جواز تعليقها بالشَّرط، فإن كان حلفَ عند غير القاضي له أن يُحلِّفَه عند القاضي، ولو أقامَ بيِّنةً قُبلتْ، وإن عجزَ أعادَ اليمينَ عليه.

(قوله: وَلَوْ مُدَّعٍ) "لو" للوصل، أي: لو قال للمدَّعي: "إن حلفتَ على ما تدَّعِيه فهو لكَ"، فحلفَ؛ لا يستحقُّ المدَّعى.

(قوله: كَالأَجْنَبِيِّ) خبرٌ لمبتدأٍ محذوفٍ، أي: وما ذكرَ من المدَّعى عليه والمدَّعي

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦١.

(٢) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٤٠.

(٣) «تيسير المقاصد»: ص٤٦٦.

كالأجنبيِّ حالَ كونه يُصوَّرُ، أي: لو قال له: "إن حلفَ فلانٌ الأجنبيُّ فلك ما تدَّعِيه"، أو "أنت بريءٌ ممَّا أدَّعي عليك"، فحلفَ الأجنبيُّ؛ لا يبرأُ.

والحاصلُ: أنَّه اشتملَ هذا البيتُ على ثلاثِ مسائل من قاضيخان: الأولى: اصطَلَحا على أنَّه إن حلفَ المدَّعى عليه فهو بريءٌ، فحلفَ أنَّ ما له قِبَلَه شيءٌ؛ فالصُّلحُ باطلٌ. الثَّانيةُ: اصطَلَحا على أنَّه إن حلفَ المدَّعي على دعواهُ فالمدَّعى عليه يكون ضامناً لِمَا يدَّعي؛ فالصُّلحُ باطلٌ، فلا يجب المالُ على المدَّعى عليه. الثَّالثةُ: اصطَلَحا على أنَّه إن حلفَ فلانٌ وهو غيرُ الطَّالب فالمالُ على المدَّعى عليه؛ كان باطلاً، فلا يلزمُه المالُ، وهي المفادةُ بقوله: (كالأجنبيِّ)، وهذه المسائلُ تقدَّمتْ في كتاب الدَّعوى.

خاتمةٌ نسأل الله حُسنَها: وفي «البحر» عن «مجموع النَّوازل»: وقعَ بين امرأةٍ وزوجها مشاجرةٌ، فتوسَّطَ المتوسِّطون بينهما للصُّلح، فقالتْ: "لا أُصالحُه حتَّى يُعطيَني خمسينَ درهماً"؛ يحلُّ لها ذلكَ؛ لأنَّ لها عليه حقّاً من المهر وغيره. اهـ[1]. قال الحمويُّ نقلاً عن المقدسيِّ: قلتُ: هذه دعوى لا دليلَ عليها، فقد يكون لا شيءَ لها وتطلبُ ذلك. اهـ[2].

وأقول: ما ذكره في «مجموع النَّوازل» من أنَّه يحلُّ لها الأخذُ مفروضٌ فيما إذا وافَقَها الزَّوجُ بأن أعطاها ما طلبتْ بطريق الصُّلح، وحينئذٍ لا يتوقَّفُ الأخذُ على أن يكون لها شيءٌ عليه؛ إذ ليس هو بأدنى مما سبق التَّصريحُ به من أنَّ الصُّلحَ يجوزُ ولو عن إنكارٍ، وقدَّمْنا عن الزَّيلعيِّ التَّصريحُ بأنَّه يحلُّ للمدَّعي أخذُه؛ لأنَّه في زعمه عينُ حقِّه أو بدلُه،

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٣.

(٢) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦٨/ ب شهيد علي باشا.

وإن كان المدَّعى عليه يزعمُ أنَّه لا شيءَ عليه، ومع هذا حَلَّ له الدَّفعُ أيضاً دفعاً للشرِّ عن نفسه، وحينئذٍ فقولُه: لأنَّ لها عليه حقّاً من المهر إنَّما ذكرَه تحسيناً للظنِّ بها، لا لأنَّه شرطٌ لجواز الصُّلح. أبو السعود[1].

وفي «البحر» عن «الخلاصة»: ولو استقرضَ من رجلٍ دراهمَ بخاريَّةً ببُخارى، أو اشترى سِلعةً بدراهمَ بخاريَّةٍ ببخارى، فالتَقَيا ببلدةٍ لا يوجدُ بها البخاريُّ، قالوا: يؤجَّلُ قدرَ المسافة ذاهباً وجائياً، ويُستوثَقُ منه بكفيلٍ[2].

وفيه عنها: إذا أقرَّ الوصيُّ أنَّ عنده ألفُ درهمٍ للميِّت وللميت ابنانِ، فصالَحَ أحدُهما من حقِّه على أربعمائةٍ؛ لم يجزْ، وإن كان استهلَكَها ثمَّ صالَحَها جازَ. اهـ[3]. ولو صالَحَ امرأتَه من نفقتِها سنةً على حيوانٍ أو ثوبٍ سمَّى جنسَه؛ جاز مؤجَّلاً وحالّاً، بخلاف ما لو صالَحَها بعد الفرض أو بعد تَراضِيهما عن النَّفقة؛ لا يجوزُ. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»[4].

ولو صالَحَتْه عن أجرِ رضاع الصَّبيِّ بعد البينونة؛ كان جائزاً، ثمَّ ليس لها أن تُصالِحَ بما ثبتَ لها من دراهم الأجر على طعامٍ بغير عينه. كذا في «المبسوط».

رجلٌ صالَحَ امرأتَه المطلَّقةَ من نفقتها على دراهمَ معلومةٍ على أن لا يَزيدَها عليها حتَّى تنقضيَ عدَّتُها، وعدَّتُها بالأشهر؛ جازَ ذلك، وإن كان عدَّتُها بالحيض لا يجوزُ؛ لأنَّ الحيضَ غيرُ معلومٍ قد تحيضُ ثلاثَ حِيَضٍ في شهرينِ، وقد لا تحيضُ عشرةَ أشهرٍ. كذا

(١) «فتح المعين»: ٣/ ١٨٨.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٣.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٣.

(٤) «المحيط الرضوي»: ٨/ ٣٧.

في «فتاوى قاضيخان»[1].

لو صالَحَتْ مع زوجها من نفقتها ما دامتْ زوجةً له على مالٍ؛ لا يجوزُ. لو كانت امرأتُه مُكاتبةً أو أَمَةً قد بوَّأها المولى بيتاً، فصالَحها على دراهمَ مسمَّاةٍ من النَّفقة والكسوة لكلِّ سنةٍ؛ جازَ ذلك، وكذلك لو صالَحَ مولى الأَمَة، فلو لم يكن بوَّأها المولى بيتاً؛ لم يجزْ هذا الصُّلحُ، وكذلك إن كانت المرأةُ صغيرةً لا يَستطيعُ الزَّوجُ أن يُقرَّ بها، فصالَحَ أباها عن نفقتها؛ لم يَجُزْ، وإن كانت كبيرةً والزَّوجُ صغيرٌ، فصالَحَ أبوه عن النَّفقة وضمنَ؛ جاز. وإذا صالَحَ الفقيرُ امرأتَه على نفقةٍ كثيرةٍ في الشَّهْر؛ لم يلزمْه إلا نفقةُ مثلها. كذا في «المبسوط». لو صالَحَ على نفقة المحارم، ثمَّ ادَّعى الإعسارَ؛ صُدِّقَ وبطل الصُّلحُ. كذا في «التَّاترخانيَّة».

إذا صالَحَ الرَّجلُ بعضَ محارمه عن النَّفقة وهو فقيرٌ؛ لم يُجبرْ على إعطائه إن أقرُّوا أنَّه محتاجٌ، فإن لم يعرفْ حالُه وادَّعى أنَّه فقيرٌ؛ فالقولُ قولُه، ويبطلُ عنه ما صالَحَ عليه، إلا أن تقومَ بيِّنةٌ أنَّه موسرٌ، فيُقضى بالصُّلح عليه. ونفقةُ الولد الصَّغير كنفقةِ الزَّوجة من حيث إنَّ اليسارَ ليس بشرطٍ لوجوبها، فالصُّلحُ فيه يكون ماضياً. وإن كان الوالدُ محتاجاً، فإن كان صالَحَ على أكثرَ من نفقتهم بما يتغابنَ النَّاسُ فيه؛ أبطلتُ الفضلَ عنه، وكذلك الصُّلحُ في الكسوة للحاجة، والمعتبرُ فيه الكفايةُ كالنَّفقة. لو صالَحَ امرأتَه من كسوتها على درعٍ يهوديٍّ ولم يُسمِّ طولَه وعرضَه ورفعتَه؛ جازَ ذلك، وكذلك كسوةُ القرابة.

ولو صالَحَ رجلٌ أخاهُ وهو صحيحٌ بالغٌ على دراهم مسمَّاةٍ لنفقته وكسوته كلَّ شهرٍ؛ لم يجزْ ذلك ولم يُجبرْ عليه. كذا في «المبسوط».

(١) «الفتاوى الخانية»: ٣/ ٥٠١.

....

إن صالَحَتِ المبانةُ زوجَها عن سُكناها على دراهـمَ؛ لا يجوزُ. كذا في «فتاوى قاضيخان»[1]. إذا صالَحَ امرأتَه من نفقتها وكسوتها لعشرِ سنينَ على وَصيفٍ وسطٍ إلى شهرٍ أو لـم يجعلْ له أجلاً؛ فهو جائزٌ. كذا في «المبسوط». سُئلَ الحسنُ بنُ عليٍّ عمَّن ادَّعى على آخرَ فساداً في البيع بعد قبض المبيع، ولم يتهيَّأْ له إقامةُ البيِّنة، فصُولحَ بينهما عن دعوى الفساد على دنانير: هل يصحُّ الصُّلحُ؟ فقال: لا. قيل: ولو وجدَ بيِّنةً بعد الصُّلح: هل تُسمعُ البيِّنةُ؟ فقال: نعم. كذا في «التَّاترخانيَّة» ناقلاً عن «اليتيمة»[2].

وفي حكم الردِّ بالعيب المصالَحُ عليه كالبيع يردُّ بالعيب اليسير والفاحش، ويرجعُ في الدَّعوى إن كان ردَّه بحكمٍ أو غير حكمٍ. كذا في «المبسوط»[3].

لو وجدَ بما وقعَ عليه الصُّلحُ عيباً، فلم يقدرْ على ردِّه لأجل الهلاك، أو لأجل الزِّيادة، أو لأجل النُّقصان في يد المدَّعي، فإنَّه يَرجعُ على المدَّعى عليه بحصَّةِ العيب، فإن كان الصُّلح عن إقرار رجع بحصة العيب على المدَّعى عليه في المدَّعي، وإن كان عن إنكارٍ؛ رجعَ بحصَّةِ العيب على المدَّعى عليه في دعواهُ، فإن أقامَ البيِّنةَ أو حلَّفَه فنكلَ؛ استحقَّ حصَّةُ العيب منه، فإن حلَّفَه فحلفَ؛ فلا شيءَ عليه. كذا في «السِّراج الوهَّاج».

لو اشترى جاريةً، فولدتْ عند المشتري، ثمَّ وَجدَها عوراءَ، وأقرَّ البائعُ أنَّه دلَّسَها له، فصالَحَه على أن يرُدَّها وولدَها وزيادةَ ثوبٍ على أن يردَّ عليه الآخرُ الثَّمنَ؛ فهو جائزٌ، وكذلك هذا في نقضِ بناء الدَّار وزيادة بنائها. هكذا في «المبسوط».

ادَّعى عيباً في جاريةٍ اشتراها وأنكرَ البائعُ، فاصطَلَحا على مالٍ على أن يُبرئَ المشتري

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٣/ ٥٠١.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٠٧.

(٣) «المبسوط» للسرخسي: ٢١/ ٣٤.

البائعَ من ذلك العيب، ثمَّ ظهر أنَّه لم يكن بها عيبٌ، أو كان ولكنَّه قد زالَ؛ فللبائع أن يستردَّ بدلَ الصُّلح. كذا في «الفصول العماديَّة»(١).

اشترى رجلانِ شيئاً، فوَجَدا به عيباً، فصالَحَ أحدُهما في حصَّتِه؛ جازَ وليس للآخر أن يُخاصمَ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندهما: الآخرُ على خصومته؛ لأنَّ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لو أبرأَ أحدُهما عن حصَّته بطَلَ حقُّ الآخر، خلافاً لهما. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»(٢).

إذا اشترى ثوبينِ كلَّ واحدٍ بعشرةِ دراهمَ وقَبَضَهما، ثمَّ وجدَ بأحدهما عيباً، فصالَحَ على أن يردَّه بالعيب على أن يزيدَ في ثمن الآخر درهماً؛ فالردُّ جائزٌ وزيادةُ الدَّراهم باطلةٌ في قول أبي حنيفةَ ومحمدٍ رحمهما الله تعالى. كذا في «الحاوي».

لو قال لجاريةٍ: "أنت أَمَتي"، وقالت: "لا بل أنا حرَّةٌ"، وصالَحَها من ذلك على مائةِ درهمٍ؛ فهو جائزٌ، فإن أقامتِ البيِّنةَ أنَّها كانت أَمَتَه أعتقَها عامَ أوَّلَ، أو أنَّها حرَّةُ الأصل من الموالي، أو من العرب حرَّةَ الأبوين؛ رجعتْ بالمائة عليه، ولو أقامت البيِّنةَ أنَّها كانت أمةً لفلانٍ، فأعتَقَها عامَ أوَّل؛ لم أقبلْ ذلك منها، ولم ترجعْ بالمائة. كذا في «المبسوط».

إذا ادَّعى داراً في يد رجلٍ، وأنكرَ المدَّعى عليه، فصالَحَه المدَّعي على دراهمَ، ثمَّ أقرَّ المدَّعى عليه، فأرادَ المدَّعي أن يَنقضَ صلحَه وقال: "إنَّما صالَحتُك لأجل إنكارك"؛ ليس له أن ينقضَ الصُّلحَ. كذا في «المحيط».

لو ادَّعى في بيت رجلٍ حقّاً، فصالَحَه المدَّعى عليه من ذلك على أن يبيتَ على سطحه

(١) «فصول الأحكام»: الفصل الخامس والعشرون: ق١٦٨/ب فيض الله عن كتاب البيوع من كتاب «الأحكام».

(٢) «المحيط الرضوي»: ٨/ ٨٠.

....

سنةً، ذكر في الكتاب: أنَّه يجوزُ، وقال بعضُ المشايخ: هذا إذا كان السَّطحُ محجَّراً، فإن لم يكن محجراً؛ لا يجوز الصُّلحُ، كما لا يجوز إجارةُ السَّطح. وقال بعضُهم: يجوز الصُّلحُ على كلِّ حالٍ. كذا في «الظَّهيريَّة».

اختصمَ رجلانِ في حائطٍ، فاصطَلَحا على أن يكون أصلُه لأحدهما وللآخرِ موضعُ جذوعه، وأن يَبنيَ عليه حائطاً معلوماً ويحملَ جذوعاً معلومةً؛ لا يجوزُ. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»[1].

إذا اختصمَ رجلانِ في حائطٍ، فاصطَلَحا على أن يَهدماهُ وكان مَخوفاً وأن يبنياهُ، على أنَّ لأحدهما ثُلُثَه وللآخر ثُلُثَيه، والنَّفقة عليهما على قدر ذلك، وعلى أن يَحمِلا عليه من الجذوع بقَدْر ذلك؛ فهو جائزٌ. كذا في «الحاوي».

إذا وقعَ الصُّلحُ من دعوى الدَّار على دراهمَ، وافترقا قبل قبض بدل الصُّلح؛ لا ينتقضُ الصُّلحُ. كذا في «المحيط».

إذا كان لإنسانٍ نخلةٌ في ملكه، فخرجَ سَعفُها إلى دار جاره، فأرادَ الجارُ قطعَ السَّعف، فصالَحه ربُّ النَّخلة على دراهمَ مسمَّاةٍ على أن يتركَ النَّخلةَ؛ فإنَّ ذلك لا يجوزُ، وإن وقع الصُّلحُ على القطع، فإن أعطى صاحبُ النَّخلة جارَه دراهمَ ليَقطعَ؛ كان جائزاً، وإن أعطى الجارُ دراهمَ لصاحب النَّخلة ليَقطعَ؛ كان باطلاً.

رجلٌ اشترى داراً لها شفيعٌ، فصالَحَ الشَّفيعَ على أن يُعطيَ للشَّفيع دراهمَ مسمَّاةٍ ليُسلِّمَ

---

(١) «المحيط الرضوي»: ٨/ ٣١.

....

الشَّفيعُ الشُّفعةَ؛ بطلتِ الشُّفعةُ ولا يجب المالُ، وإن كان أخذَ المالَ؛ ردَّه على المشتري. كذا في «فتاوى قاضيخان»[1]. ولو صالَحَ المشتري مع الشَّفيع على أن أعطاهُ الدَّارَ وزادَه الشَّفيعُ على الثَّمن شيئاً معلوماً؛ فهو جائزٌ. كذا في «المبسوط»[2].

وإن صالَحَ على أن يأخذَ نصفَ المشترى أو ثُلُثَه أو رُبُعَه على أن يُسلِّمَ الشُّفعةَ في الباقي؛ كان جائزاً، فإن وُجِدَ هذا الاصطلاحُ منهما بعد تأكُّدِ حقِّ الشَّفيع بطلب المواثبة وطلبِ الإشهاد؛ فإنَّه يَصيرُ آخذاً للنِّصف بالشُّفعة، حتَّى لا يتجدَّدُ فيما أخذَ بالشُّفعة مرَّةً أخرى، ويَصيرُ مُسلِّمَ الشُّفعة في النِّصف، حتَّى لو كان هذا الشَّفيعُ شريكاً في المبيع أو في الطَّريق؛ كان للجار أن يَأخذَ النِّصفَ الذي لم يأخُذْه هذا الشَّفيعُ بالشُّفعة. وإن كان هذا الاصطلاحُ قبل وجود الطَّلب من الشَّفيع؛ فإنَّه يَصيرُ آخذاً للنِّصف بشراءٍ مبتدأٍ، ويتجدَّدُ فيما أخذَ الشُّفعةُ. هكذا في «المحيط»[3].

لو صالَحَ المشتري الشَّفيعَ على أن يُسلِّمَ الشُّفعةَ على بيتٍ من الدَّار بحصَّتِه من الثَّمن؛ فالصُّلحُ باطلٌ، وحقُّ الشُّفعة باطلٌ. وهذا إذا كان الصُّلحُ بعد تأكُّدِ حقِّه بالطَّلب، فأمَّا قبل الطَّلب بطلتِ الشُّفعةُ. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»[4].

إذا ادَّعى رجلٌ شفعةً في دارٍ، فصالَحَه المشتري على أن يُسلِّمَ له داراً أخرى بدراهمَ

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٣/ ٥٠٩.

(٢) «المبسوط» للسرخسي: ٢٠/ ١٦٣.

(٣) «المحيط الرضوي»: ٨/ ٤٥.

(٤) «المحيط الرضوي»: ٨/ ٤٥.

مسمَّاةٍ على أن يُسلِّمَ له الشُّفعةَ؛ فهذا فاسدٌ لا يجوزُ. كذا في «المبسوط»[١].

رجلٌ قتلَ رجلاً عمداً وقتلَ آخرَ خطأً، ثمَّ صالَحَ أولياءَهما على أكثرَ من ديتينِ؛ فالصُّلحُ جائزٌ، ولصاحب الخطأ الدِّيةُ، وما بقيَ فلصاحب العمد. ولو صالَحَ أولياءَهما على دِيتينِ أو أقلَّ منهما؛ كان بينهما نصفينِ. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»[٢].

وبدلُ الصُّلح في دم العمد جارٍ مجرى المهر، فكلُّ جهالةٍ تُحمِّلتْ في المهر تُتحمَّلُ هنا، وما يمنعُ صحَّةَ التَّسمية يمنعُ وجوبَه في الصُّلح، وعند فساد التَّسمية يسقطُ القودُ ويجب بدلُ النَّفس، وهو الدِّيةُ، نحوُ: أن يُصالِحَ على ثوبٍ، كما يجبُ مهرُ المثل في النِّكاح، إلا أنَّهما يفترقانِ من وجهٍ، وهو أنَّه إذا تزوَّجَها على خمرٍ يجب مهرُ المثل، ولو صالَحَ عن دم العمد على خمرٍ؛ لا يجب شيءٌ. كذا في «الكافي».

وفي الخطأ تجبُ الدِّيةُ. كذا في «الاختيار شرح المختار»[٣].

ولو صالَحَه بعفوٍ عن دمٍ على عفوٍ عن دمٍ آخرَ؛ جاز كالخلع. كذا في «الاختيار»[٤].

جرحَ رجلاً عمداً فصالَحَه؛ لا يخلو: إمَّا أن بَرئَ أو ماتَ منها، فإن صالَحَه من الجراحةِ، أو من الضَّربة، أو من الشَّجَّة، أو من القطع، أو من اليد، أو من الجناية لا غيرُ؛ جاز الصُّلحُ إن بَرئَ بحيث بقيَ له أثرٌ، وإن برئَ بحيث لم يَبقَ له أثرٌ؛ بطلَ الصُّلحُ. فأمَّا إذا ماتَ من

(١) «المبسوط» للسرخسي: ٢٠/ ١٦٤.

(٢) «المحيط الرضوي»: ٨/ ٦٥.

(٣) «الاختيار»: ٣/ ٧.

(٤) «الاختيار»: ٣/ ٧.

ذلك؛ بطَلَ الصُّلحُ عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ووجبتِ الدِّيةُ، خلافاً لهما. وإن صالَحَه عن الأشياء الخمسة وما يحدثُ منها؛ فالصُّلحُ جائزٌ إن ماتَ منها، وأمَّا إذا بَرِئَ منها؛ ذكر ههنا: أنَّ الصُّلحَ جائزٌ، وذكر في الوكالة: لو أنَّ رجلاً شجَّ رجلاً مُوضحةً، فوكَّلَ إنساناً ليُصالِحَ عن الشَّجَّة وما يحدثُ منها إلى النَّفس، فإن ماتَ كان الصُّلحُ من النَّفس، وإن بَرِئَ يجب تسعةُ أعشارِ المال ونصفُ عُشره، ويسلمُ للمشجوج نصفُ عُشْرِ المال. وقال عامَّة مشايخنا: اختلَفا لاختلاف الوضع، فإنَّ الوضعَ ثَمَّةَ أنَّه صالَحَ عن الجراحةِ وعمَّا يحدثُ منها إلى النَّفس، وهو معلومٌ، فأمكن قسمةُ البدل على القائم والحادث جميعاً، وههنا صالَحَه عن الجراحة وكلِّ ما يحدثُ منها، وهو مجهولٌ قد يحدثُ وقد لا يحدثُ، وإذا حدثَ لا يُدرى أيَّ قدرٍ يحدثُ، فتعذَّرَ قسمةُ البدل على القائم والحادث، فصار البدلُ كلُّه بإزاء القائم. وأمَّا إذا صالَحَه عن الجناية؛ يجوز الصُّلحُ في الفصول كلِّها، إلا إذا بَرِئَ بحيث لم يبقَ له أثرٌ. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»[1].

رجلٌ قتلَ عمداً وله ابنانِ، فصالَحَ أحدُهما عن حصَّته على مائةِ درهمٍ؛ فهو جائزٌ ولا شِركةَ لأخيه فيها، ولو كان القتلُ خطأً، فصالَحَه أحدُهما على مالٍ؛ كان لشريكه أن يُشاركَه في ذلك، إلا أن يشاءَ المصالحُ أن يُعطيَه رُبُعَ الأرش. هكذا في «المبسوط»[2].

في «المنتقى» عن ابن سماعةَ عن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ قال في رجلٍ قطعَ يمينَ رجلٍ، فصالَحَه المقطوعُ يدُه على أن يقطعَ يسارَ القاطع، فقطعَه؛ فهذا عفوٌ عن الأوَّل، ولا شيءَ

(١) «المحيط الرضوي»: ٨/ ٦٣.

(٢) «المبسوط» للسرخسي: ٢١/ ١١.

على قاطع اليسار، ولا شيءَ له على قاطع اليمين. وإن اختَصَما قبل أن يقطعَ يسارَه وقد صالَحَه على ذلك؛ فليس له أن يقطعَ يسارَه، ولكن رجعَ بديةِ يمينه، وإن صالَحَه على أن يقطعَ يدَ القاطع ورِجْلَه، أو على أن يقتلَ عبدَ القاتل: إن قطعَ يدَه ورِجْلَه؛ رجعَ عليه بدِيَة رجله، وإن قتلَ عبدَه؛ فله عليه قيمةُ عبده مقاصَّةً منها بديةِ يده ويترادَّان الفضلَ. ولو صالَحَ على أن يقطعَ يدَ هذا الحرِّ، أو على أن يقتلَ عبدَ فلانٍ، ففعلَ؛ يغرمُ ديةَ الحرِّ الآخر وقيمةَ عبده، ويرجعُ المقطوعُ يدُه على القاطع بدية يده. كذا في «محيط السرخسيِّ»[(١)].

إذا كان في الدِّيوان عطاءٌ مكتوبٌ باسم رجلٍ، فنازَعَه فيه آخرُ وادَّعى أنَّه له، فصالَحَه المدَّعى عليه على دراهمَ أو دنانيرَ حالَّةٍ أو إلى أجلٍ؛ فالصُّلحُ باطلٌ، وكذلك لو صالَحَه على شيءٍ بعينه فهو باطلٌ. كذا في «المبسوط».

له عطاءٌ في الدِّيوان، ماتَ عن ابنينِ، فاصطَلَحا على أن يكتبَ في الدِّيوان باسم أحدهما ويأخذَ العطاءَ، والآخرُ لا شيءَ له من العطاء ويبذلُه مَنْ كان له العطاءُ مالاً معلوما؛ فالصُّلحُ باطلٌ، ويردُّ بدلَ الصُّلح والعطاءَ للذي جعلَ الإمامُ العطاءَ له. كذا في «الوجيز» للكردريِّ.

مطلبٌ: لا يصحُّ صُلْحُ وكيل الخصومة

الوكيلُ بالخصومة إذا صالَحَ لا يصحُّ، بخلافِ ما إذا أقرَّ. كذا في متفرِّقات «الذَّخيرة»[(٢)].

لا يجوز التَّصرُّفُ في بدل الصُّلح قبل الصُّلح إذا كان منقولاً، فلا يجوزُ للمدَّعي بيعُه

(١) «المحيط الرضوي»: ٨/ ٦٥.

(٢) «الذخيرة البرهانية»: ١١/ ٢٤٢.

وهبتُه ونحوُ ذلك، فإن كان عقاراً؛ يجوزُ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله تعالى.

لا ينبغي للقاضي أن يُباشِرَ الصُّلحَ بنفسه، بل يُفوِّضَ ذلك إلى غيره من المتوسِّطين، وسبيلُ القاضي أن لا يُبادرَ في القضاء، بل يردُّ الخصومَ إلى الصُّلح مرَّتَين أو ثلاثـاً إذا كان يرجو الإصلاحَ بينهم، بأن كانوا يميلون إلى الصُّلح ولا يَطلبونَ القضاءَ لا محالةَ، فأمَّا إذا طلبوا القضاءَ لا محالةَ وأبَوُا الصُّلحَ: إن كانَ وجهُ القضاء مُلتبساً غيرَ مستبينٍ؛ للقاضي أن يرُدَّهم إلى الصُّلح، أمَّا إذا كان وجهُ القضاء مُستبيناً، فإن وقعتِ الخصومةُ بين أجنبيَّيْن؛ يَقضي بينهم ولا يردُّهم إلى الصُّلح حين أبَوْا، وإن وقعتِ الخصومةُ بين أهل قبيلتَيْن أو بين المحارم؛ يردُّهم إلى الصُّلح مرَّتين أو ثلاثـاً وإن أبوا الصُّلحَ. هكذا في «الذَّخيرة»[1].

الكفيلُ بالنَّفس إذا صالَحَ على مالٍ على أن يُبرئَه من الكفالة؛ فالصُّلحُ باطلٌ، وهل تبطلُ الكفالةُ؟ فيه روايتانِ: في روايةٍ تسقطُ. هكذا في «البدائع»[2]. وبه يُفتى. كذا في «الذَّخيرة». اهـ. واللهُ تعالى أعلمُ، وأستغفرُ الله العظيمَ.

(١) «الذخيرة البرهانية»: ١١/ ٢٤٠.

(٢) «بدائع الصنائع»: ٦/ ٤٩.

كِتَابُ المُضَارَبَةِ

(كِتَابُ المُضَارَبَةِ)

(هِيَ) لغةً: مُفاعلةٌ من الضَّرْب في الأرض، وهو السَّيرُ فيها ....

(كِتَابُ المُضَارَبَةِ)

قال منلا مسكين: هي كالمصالَحَة من حيث إنَّها تَقتضي وجودَ البدل من جانبٍ واحدٍ. اهـ[1]. قال الحمويُّ: وفيه تأمُّلٌ؛ لأنَّ الصُّلحَ إذا كان عن مالٍ بإقرارٍ؛ يكون بيعاً، والبيعُ يَقتضي وجودَ المبادلة من الجانبين. اهـ. وأجابَ عنه أبو السُّعود عن شيخه: بأنَّه يكفي في بيانِ وجه المناسبة اشتراكُ المضاربة والصُّلح في الوجود الصُّوريِّ، وباعتباره يكون قاصراً على المصالَح عليه، ولا شكَّ أنَّ وجودَه من جانبٍ واحدٍ كرأس مال المضاربة، وأمَّا اعتبارُ الصُّلح عن مالٍ بإقرارٍ بيعاً؛ فبالنَّظر إلى المعنى كما لا يخفى. اهـ[2]. أي: إنَّه لا يلزمُ في المناسبة أن تكون من كلِّ الوجوه، وقد اعتُبِرتْ هنا في قسمينِ من الصُّلح: الصُّلح عن إنكارٍ أو سكوتٍ.

(قوله: هِيَ مُفَاعَلَةٌ) لكونها على غير بابها.

(قوله: وَهُوَ السَّيْرُ فِيهَا) قال اللهُ تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]، يعني: يُسافرون للتِّجارة، وسمِّي هذا العقدُ بها؛ لأنَّ المضارِبَ يَسيرُ في الأرض غالباً لطلب الرِّبح، ولهذا قال اللهُ تعالى: ﴿يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾، وهو الرِّبحُ. وأهلُ الحجاز يُسمُّون هذا العقدَ: مُقارضةً، وهو مشتقٌّ من القرض؛ لأنَّ صاحبَ المال يقطعُ قَدْراً من ماله ويُسلِّمُه للعامل. وأصحابُنا اختاروا لفظةَ المضاربة؛ لكونها موافقةً لِمَا تلوْنا من نظم الآية. وهي مشروعةٌ لشدَّةِ الحاجة إليها من الجانبين،

(١) «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٢٩.

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ١٨٨.

وشرعاً: (عَقْدُ شِرْكَةٍ.......................

فإنَّ من النَّاس مَنْ هو صاحبُ مالٍ ولا يَهتدي إلى التَّصرُّف، ومنهم من هو بالعكس، فشُرعتْ لتنتظمَ مصالحُهم، فإنَّه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بُعثَ والنَّاسُ يتعاملون بها، فأقرَّهم عليها، وتعامَلَتْها الصَّحابةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، ألا ترى إلى ما يُروى أنَّ عبَّاسَ بن عبد المطلب كان إذا دفعَ مالاً مضاربةً شرطَ عليه أن لا يَسلكَ به بحراً، ولا يَنزلَ وادياً، ولا يَشتري ذات كبدٍ رطبٍ[1]، فإن فعلَ ذلك ضمنَ، فبلغَ ذلك رسولَ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فاستحسنَه، فصارتْ مشروعةً بالسُّنَّة والإجماع. كذا ذكره الزَّيلعيُّ[2].

ووجهُ المناسبة بين الكتابين من حيث إنَّ كلّاً منهما مُشتملٌ على الاسترباح، أمَّا المضاربةُ؛ فإنَّ مبناها على هذا، وأمَّا الصُّلحُ؛ فإنَّ المصالحَ من المدَّعى عليه مسترِبحٌ، سواءٌ كان الصُّلحُ عن إقرارٍ أو عن إنكارٍ أو عن سكوتٍ. عيني[3].

(قوله: وَشَرْعاً: عَقْدُ شِرْكَةٍ) قال في «النِّهاية» ومَن يحذو حَذْوَه: إنَّها دفعُ المال إلى غيره ليتصرَّفَ فيه ويكون الرِّبحُ بينهما على ما شرطا[4]. ورجَّحَ البُرجُنديُّ هذا التَّعريفَ، وضعَّفَه صاحبُ «التَّكملة»: بأنَّ المضاربةَ ليست الدَّفعَ المذكورَ، بل هي عقدٌ يحصلُ قبل ذلك أو معه. ثمَّ عقدُ الشِّركة في الرِّبح لا يستلزمُ وجودَ الرِّبح، فلا يردُ عليه: أنَّه قد لا يوجدُ الرِّبحُ أصلاً. وخروجُ الفاسدة عن التَّعريف لا يقدحُ فيه؛ لأنَّها تَنقلبُ حينئذٍ إلى الإجارة. كذا أفاده المنلا عبدُ الحليم.

(١) رواه البيهقي في «الكبرى»: ١١٦١١ وضعفه.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٢- ٥٣.

(٣) «البناية»: ١٠/ ٤٢.

(٤) «النهاية»: ص٢٨١- ٢٨٢ (ت: العتيبي).

فِي الرِّبْحِ بِمَالٍ مِنْ جَانِبٍ) ربِّ المال ....

(قوله: فِي الرِّبْحِ) وإن لم يَشتركا في الرِّبح؛ خرجَ العقدُ إلى البِضاعة أو القرض. قال في «البحر»: فلو شُرطَ الرِّبحُ لأحدهما لا تكون مضاربةً. اهـ. ويجوز التَّفاوتُ في الرِّبح. وإذا كان المالُ من اثنينِ؛ فلا بُدَّ من تساويهما فيما فضلَ من الرِّبح، حتَّى لو شُرطَ لأحدهما الثُّلثانِ وللآخر الثُّلثُ فيما فضلَ؛ فهو بينهما نصفانِ؛ لاستوائهما في رأس المال. اهـ[1]. كما يأتي.

(قوله: بِمَالٍ مِنْ جَانِبٍ... إلخ) أي: هذا مسمَّى المضاربة، وأمَّا كونُه إيداعاً ابتداءً؛ فليس هو مفهوماً لها، بل هو حكمُها كما ذكره؛ لأنَّه تركَ مالَه في يد غيره لا على طريق الاستبدال ولا الوثيقة، فيكون أمانةً، فهو داخلٌ في معنى الوديعة، وليس هو مُسمَّى عقد المضاربة، فإذا عَمِلَ فيه؛ كان عاملاً فيه بإذن مالكه، وهو معنى الوكيل له، فلذلك كان من حكمِها أنَّها توكيلٌ مع العمل، فإن رَبِحَ كان شريكاً؛ لأنَّها قد عُقدتْ بمالٍ من جانب ربِّ المال وعملٍ من جانب الآخر على أن يكون الرِّبحُ بينهما، فلمَّا حصلَ الرِّبحُ؛ كان له نصيبٌ منه، فكانت شِركةً حينئذٍ. وغصبٌ إن خالَفَ؛ لأنَّه تصرَّفَ في ماله بغير إذنه حيث خالَفَ ما شرطَه عليه، وخرجتْ حينئذٍ عن كونها مضاربةً، فلذا لا تعودُ وإن أجاز ربُّ المال؛ لأنَّ عقدَ المضاربة قد انفسخَ بالمخالفة، والمفسوخُ لا تلحَقُه الإجازةُ. وإجارةً فاسدةً إن فسدتْ؛ لأنَّ الرِّبحَ إنَّما يُستحقُّ بعقد المضاربة، فإذا فسدتْ لا يَستحقُّ شيئاً منه، ولذا قال: فلا ربحَ للمضارب، لكنَّه عَمِلَ في ماله بإذنه غيرَ متبرِّعٍ، فيكون إجارةً، فلذا

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٣. ولفظة: (اهـ) بعد قوله: (لا تكون مضاربة) لعلها زائدةٌ، فالكلامُ كله بحروفه من «البحر».

(وَعَمَلٍ مِنْ جَانِبِ) المضارب ....

وجب أجرُ مثله رَبِحَ أو لا كما هو حكمُ الإجارة، وإنَّما كانت فاسدةً؛ لعدم وجود العقد الصَّحيح المفيدِ للإجارة. وبهذا التَّقرير اندفعَ ما أوردَه صدرُ الشَّريعة[1]. تأمَّلْ.

(قوله: وَعَمَلٌ مِنْ جَانِبِ المُضَارِبِ) لأنَّه قبضَ المالَ بإذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة، بخلاف المقبوض على سوم الشَّراء؛ لأنَّه قَبضَه بدلاً، وبخلاف الرَّهن؛ لأنَّه قبضَه وثيقةً. «درر»[2]. وهو - أي: عمل - بالرَّفع. كذا ضبطَه الشَّرحُ. اهـ شِلْبي[3]. فيكون عطفاً على قوله: (عقد)، فيقتضي أنَّ حقيقتَها العقدُ والعملُ، وهو ينافي ما بعدُ من قوله: (وركنها... إلخ)، فلو كان مجروراً عطفاً على (مال)، والجارُّ والمجرورُ في قوله: (بمال) متعلِّقٌ بمحذوفٍ تقديرُه: وتكون؛ لكان وجيهاً، فالأَوْلى أن يقول: وهي عبارةٌ عن عقدٍ على الشَّركة في الرِّبح بمالٍ من أحد الجانبين وعملٍ من الآخر كما فعل في «الهنديَّة»[4]، وهو مؤيِّد ما قلنا كما في ط[5].

وإنَّما قيَّد الشَّارحُ بالمضارب؛ لأنَّه لو اشترطَ ربُّ المال أن يعملَ مع المضارب فسدتْ كما سيصرِّحُ به المصنِّفُ في باب "المضارب يضارب"، وكذا تفسدُ لو أخذَ المالَ من المضارب بلا أمره، وباعَ واشترى به، إلا إذا صار المالُ عُروضاً؛ فلا تَفسدُ لو أخذه من المضارب كما سيأتي في فصل المتفرِّقات.

---

(١) «شرح الوقاية»: ٤/ ٢٤٣.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٣١٠.

(٣) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٢.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٢٨٥.

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٢.

(وَرُكْنُهَا: الإِيجَابُ وَالقَبُولُ. وَحُكْمُهَا) أنواعٌ؛ لأنَّها (إِيدَاعٌ ابْتِدَاءً) ....

(قوله: وَرُكْنُهَا الإِيجَابُ وَالقَبُولُ) قال الحمويُّ في شرحه: وركنُها: اللَّفظُ الدَّالُّ عليها، كقوله: "دفعتُ إليك هذا المالَ مضاربةً، أو مقارضةً، أو معاملةً"، أو "خُذْ هذا المالَ واعملْ به على أنَّ لك من الرِّبح نصفَه أو ثُلُثَه"، أو قال: "ابتعْ به متاعاً فما كان من فضلٍ فلك منه كذا"، أو "خُذْ هذا بالنِّصف"، بخلاف "خُذْ هذا الألفَ واشترِ هَرَويّاً بالنِّصف"، ولم يزد عليه، فليس مضاربةً، بل إجارةٌ فاسدةٌ له أجرُ مثله إن اشترى، وليس له البيعُ إلا بأمرٍ. اهـ(١). ويقول المضاربُ: "قبلتُ"، أو ما يُؤدِّي هذا المعنى. اهـ قاضي زاده(٢).

(قوله: وَحُكْمُهَا أَنْوَاعٌ) لكنَّها بأنظارٍ مختلفةٍ، قال المنلا عبدُ الحليم: قوله: (وحكمها أنواع): الأوَّلُ أقول: اللَّائقُ أن يُدرجَ في غيره أيضاً قولنا الثَّاني والثَّالث وغيرهما كما أدرجَ في قوله: وشرطها، وعدّ الأنواع المذكورة أحكامها بناءً على أنَّ حكمَ الشَّيء: ما يثبتُ به ويَبتني عليه، ولا خفاءَ في أنَّه يُراعى ذلك في كلِّ حكمٍ منها في وقته، فلا يردُ عليه: أنَّ معنى الإجارة والغصب ناقضٌ لعقد المضاربة منافٍ لصحَّتها، فكيف يُجعلُ حكماً من أحكامها؟! ومن هذا يظهرُ حُسنُ سبكِ المصنِّف في تحرير المتن حيث قال: "وأمَّا دفعُ المال... إلخ"؛ لأنَّ الإبضاعَ والإقراضَ لم يَبتنيا على هذا العقد، بل يفترقانِ عنه أوَّلَ الأمر كما لا يخفى. اهـ.

(قوله: لِأَنَّهَا إِيدَاعٌ ابْتِدَاءً) لأنَّه قبضَ المالَ بإذن مالكه لا على وجه المبادلة والوثيقة... إلى آخر ما قدَّمْناه قريباً، ولو حذفَ قولَه: (لأنَّها)، ويكون قوله: (إيداع) بدلاً مما قبلَه ما

(١) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦٨/ ب شهيد علي باشا.

(٢) «نتائج الأفكار»: ٨/ ٤٤٥ (تكملة فتح القدير).

ومن حِيَلِ الضَّمان: أن يُقرِضَه المالَ إلا درهماً، ....

ضرَّه، وقولُه: (ابتداء) ظاهرُه: أنَّها لا تكون في البقاء كذلكَ مع أنَّها تكون أمانةً فيه، فحكمُ الابتداء والبقاء سواءٌ. فإن قيل: أرادَ الإيداعَ حقيقةً، وهي في البقاء أمانةٌ. قلنا: هذا غيرُ ظاهرٍ. فتدبَّر. ط[1]. قال الخيرُ الرَّمليُّ: سيأتي أنَّ المضاربَ يملكُ الإيداعَ في المطلَقَة مع ما تقرَّرَ أنَّ المودَعَ لا يودِعُ، فالمرادُ: في حكم عدم الضَّمان بالهلاك، وفي أحكامٍ مخصوصةٍ، لا في كلِّ حكمٍ. فتأمَّلْ[2].

(قوله: وَمِنْ حِيَلِ الضَّمَانِ... إلخ) ليستْ هذه حيلةً في المضاربة، بل قد خرجَ العقدُ إلى الشَّركة في رأس المال. وذكر الزَّيلعيُّ حيلةً أخرى أيضاً، فقال: وإذا أراد ربُّ المال أن يُضمِّنَ المضاربَ بالهلاك؛ يُقرِضُ المالَ منه، ثمَّ يأخذُه منه مضاربةً، ثمَّ يُبضِعُ المضاربُ[3] كما في «الواقعات»[4]. وذكرَ هذه الحيلةَ القُهُستاني[5]. وفيه نظرٌ؛ لأنَّها تكون شركةَ عِنانٍ شُرطَ فيها العملُ على الأكثر مالاً، وهو لا يجوزُ، بخلاف العكس، فإنَّه يجوز كما ذكره في «الظَّهيريَّة» في كتاب الشَّركة عن «الأصل» للإمام محمدٍ. تأمَّلْ. وكذا في شركة «البزَّازيَّة» حيث قال: وإنْ لأحدهما ألفٌ ولآخر ألفانِ، واشتركا واشترطا العملَ على صاحب الألف والرِّبحَ أنصافا؛ جاز، وكذا لو شَرَطا الرِّبحَ والوضيعةَ على قدر المال والعملَ من أحدهما بعينه جازَ، ولو شَرَطا العملَ على صاحب الألفين والرِّبحَ نصفين؛ لم يجزِ الشَّرطُ، والرِّبحُ بينهما أثلاثاً؛ لأنَّ ذا الألفِ شرطَ لنفسه بعضَ رِبْح الآخر بغير عملٍ

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٢.

(٢) «لوائح الأنوار»: ق٦٩/ ب ولي الدين.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٣ بتصرف.

(٤) «الواقعات» للحسام الشهيد: ق٣٥٦/ ب فيض الله.

(٥) «جامع الرموز»: ص٥٠٢.

ثمَّ يعقدَ شركةَ عِنانٍ بالدِّرهم وبما أقرَضَه على أن يَعمَلا والرِّبحُ بينهما، ثمَّ يعملَ المستقرِضُ فقط، فإن هلكَ فالقرضُ عليه ....

ولا مالٍ، والرِّبحُ إنَّما يُستحقُّ بالعمل أو المال أو بالضَّمان. اهـ ملخَّصاً[1]. لكن في مسألة الشَّارح شرطَ العملُ على كلٍّ منهما، لا على صاحب الأكثر فقط، وهو صحيحٌ سالمٌ من الفساد كما سيصرِّحُ به. والحاصلُ: أنَّ المفهومَ من كلامهم: أنَّ الأصلَ في الرِّبح: أن يكون على قَدْر المال كما قدَّمْناه عن «البحر»، إلا إذا كان لأحدهما عملٌ، فيصحُّ أن يكون أكثرَ ربحاً بمقابلة عمله، وكذا لو كان العملُ منهما يصحُّ التفاوتُ أيضاً. تأمَّلْ.

(قوله: ثُمَّ يَعْقِدَ شِرْكَةَ عِنَانٍ) وهي لا يلزَمُها أن يكون الرِّبحُ فيها على قدر المال، فلهما أن يتَّفقا على منصافة الرِّبح. ح.

(قوله: عَلَى أَنْ يَعْمَلَا) ذكرَه؛ لأنَّه لو شرطَ العملُ على أحدهما؛ فسدتْ كما مرَّ فيها، والمفسِدُ اشتراطُ عمل أحدهما، لا الإطلاقُ.

(قوله: ثُمَّ يَعْمَلَ المُسْتَقْرِضُ فَقَطْ) أي: بطِيبِ نفسٍ منه، لا بشرطٍ عليه؛ لأنَّ شرطَ الشِّركة أن يكون العملُ عليهما كما قال: (على أن يعملا)، لكنَّ الشَّرطَ إنَّما هو اشتراطُ العمل عليهما، لا وجودُه منهما، فإنَّ العملَ لا يتأتَّى من اثنين عادةً، فيصحُّ أن ينفردَ أحدُهما به بعد أن شُرطَ عليهما كما هو مقتضى عقد الشَّركة، ويكون الرِّبحُ بينهما على حسب الشَّرط؛ لأنَّ كلّاً منهما وكيلٌ بما يعملُه عن صاحبه، فيقعُ شراءُ كلٍّ لهما بالأصالة عن نفس المباشِرِ، وبالوكالة عن شريكه؛ لأنَّ الشَّركةَ تتضمَّنُها، ويكون الرِّبحُ على حسب الشَّرط كما تقدَّم في بابها.

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/٣٤٦.

(وَتَوْكِيلٌ مَعَ العَمَلِ) لتصرُّفِه بأمره، (وَشِرْكَةٌ إِنْ رَبِحَ، وَغَصْبٌ إِنْ خَالَفَ ....

(قوله: وَتَوْكِيلٌ مَعَ العَمَلِ) حتَّى يرجعُ بما لَحقَه من العُهْدة عليه. «منح». كما لو رُدَّ على المضارب بالعيبِ، ولم يوجدْ ما يُؤدِّي ثمنَه من مال المضاربة، أو استُحقَّ في يد المشتري ورجعَ على المضارب بثمنه، ولم يوجدْ ما يُؤدِّيه، فأدَّى من مال نفسه؛ يَرجعُ إلى ربِّ المال. هذا ما ظهرَ لي. وكما سيجيءُ من قوله: (شرى عبداً بألفها وهلكَ الألفُ قبل نقده؛ دفعَ المالُ ثمنَه ثمَّ وثمَّ)، يعني: يَرجعُ المضاربُ بالثَّمن على المالك.

وأقول: هذه الوكالةُ ضِمنيَّةٌ كما في وكالة الشَّركة كما ذكرنا، فشملتْ وكالةً بمجهول الجنس، وجازتْ، بخلاف الوكالة القصديَّة، فإنَّها لم تَجُزْ لو وكالةً بمجهول الجنس، نحو: التَّوكيل بشراءِ ثوبٍ ونحوه على ما مرَّ.

(قوله: وَشِرْكَةٌ إِنْ رَبِحَ) لأنَّ الرِّبحَ حصلَ بالمال والعمل، فيَشتركانِ فيه. «منح».

أقول: بل تكون شركةً بمجرَّد الشِّراء، ألا ترى أنَّه ليس لربِّ المال فَسخُها بعده، ولو كانت وكالةً لكان له فَسخُها حينئذٍ وأخذُ البِضاعة. نعم، استحقاقُه لشيءٍ من المال موقوفٌ على ظهور الرِّبح، ولذا لو عتقَ عبدُ المضاربة لا يَعتقُ ما لم يتحقَّق الرِّبحُ. تأمَّلْ.

(قوله: وَغَصْبٌ إِنْ خَالَفَ) لتعدِّيه على مالِ غيره، فيكون ضامناً. واستشكلَ قاضي زاده عدَّ الغصب والإجارة من أحكامها؛ لأنَّ معنى الإجارة إنَّما يظهرُ إذا فسدتِ المضاربةُ، ومعنى الغصب إنَّما يتحقَّقُ إذا خالَفَ المضاربُ، وكِلَا الأمرين ناقضٌ لعقد المضاربة منافٍ لصحَّتها، فكيف يصحُّ أن يُجعَلا من أحكامها، وحكمُ الشَّيء ما يثبتُ به، والذي يثبتُ بمنافيه لا يثبتُ به قطعاً؟! فإن قلت: قد صَلَحا أن يكونا حكماً للفاسدة. قلنا: الأركانُ والشُّروطُ المذكورةُ هنا للصَّحيحة، فكذا الأحكامُ، على أنَّ الغصبَ لا

وَإِنْ أَجَازَ ربُّ المال (**بَعْدَهُ**) لصيرورتِه غاصبًا بالمخالفة، (**وَإِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ إِنْ فَسَدَتْ، فَلَا رِبْحَ**) للمضارِبِ (**حِينَئِذٍ، بَلْ لَهُ أَجْرُ**) مثلِ (**عَمَلِهِ مُطْلَقًا**) رَبِحَ أو لا ....

يصحُّ حكمًا للفاسدة؛ لأنَّ حكمَها أن يكون للعامل أجرُ عمله، ولا أجرَ للغاصب. اهـ مختصراً[١]. ط[٢]. ولا تنسَ ما قدَّمْناه عند قوله: (بمالٍ من جانب... إلخ).

(**قوله: وَإِنْ أَجَازَ رَبُّ المَالِ بَعْدَهُ**) حتَّى لو اشترى المضاربُ ما نُهيَ عنه، ثمَّ باعَه وتصرَّفَ فيه، ثمَّ أجاز ربُّ المال؛ لم يجزْ. «منح». فيضمنُ بالغصب، ويكون الرِّبحُ بعدما صار مضمونًا عليه له، ولكن لا يَطيبُ له عندهما، وعند الثَّاني: يَطيبُ له، كالغاصب والمودَعِ إذا تصرَّفا وربِحا، فإنَّهما على الخلاف المذكور. اهـ شلبي عن «الغاية»[٣].

وفي سري الدِّين عن «الكافي»: إنَّه بعد الإجازة يكون كالمستبضع، يعني: أنَّ البضاعةَ وديعةٌ في يده، وإذا خالَفَ ينقلبُ إلى الغصب ولو أجازَ بعده. اهـ. وفيه مخالفةٌ لِمَا هنا كلَّ المخالفة، وينبغي اعتمادُ ما هنا. ط بزيادةٍ[٤].

(**قوله: لِصَيْرُورَتِهِ غَاصِبًا بِالمُخَالَفَةِ**) فيه تعليلُ الشَّيء بنفسه.

(**قوله: بَلْ لَهُ أَجْرُ مِثْلِ عَمَلِهِ مُطْلَقًا**) وهو ظاهرُ الرِّواية. قهستاني[٥]. لأنَّه لا يَستحقُّ المسمَّى لعدم الصحَّة، ولم يرضَ بالعمل مجَّانًا، فيجب أجرُ المثل. وعن أبي يوسفَ: إن لم يربحْ فلا أجرَ له، وهو الصَّحيحُ؛ لئلا تربوَ الفاسدةُ على الصَّحيحة. شيخنا عن «ابن

(١) «نتائج الأفكار»: ٨/ ٤٤٥- ٤٤٦ (تكملة فتح القدير).

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٢.

(٣) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٣.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٢.

(٥) «جامع الرموز»: ص٥٠٢.

(بِلَا زِيَادَةٍ عَلَى المَشْرُوطِ) خلافاً لمحمدٍ والثَّلاثةِ ....

الغرس على الهداية». اهـ أبو السُّعود. وفي «الهداية»: وعن أبي يوسفَ: إذا لم يربحْ لا يجب الأجرُ اعتباراً بالمضاربة الصَّحيحة. اهـ[1]. اتَّفقَ الشُّرَّاحُ على صحَّة هذا التَّعليل؛ لأنَّ الفاسدَ يؤخذُ حكمُه من الصَّحيح من جنسه أبداً كما في البيع الفاسد، ولكن تصدَّوا في الجواب عنه: بأنَّه نعم كذلك إذا كان انعقادُ الفاسد كانعقاد الصَّحيح كما في «المنبع»، وهنا ليس كذلكَ؛ لأنَّ المضاربةَ الصَّحيحةَ تنعقدُ شركةً، والفاسدةَ تنعقدُ إجارةً، فتُعتبرُ بالإجارة الصَّحيحة عند إيفاء العمل. وردَّه صاحبُ «البيانيَّة»: باعتبار فاسد المضاربة بصحيحها أَوْلى من جعلها إجارةً؛ لأنَّهما رَضِيا أن يكون للعامل جزءٌ من الرِّبح لو حصلَ، وبالحرمانِ إن لم يحصلْ ولم يَرْضَ ربُّ المال أن يكون في ذمَّته شيءٌ في مقابلة عمله، فإيجابُه يكون إيجاباً بغير دليلٍ، فهدمُ الأصل الضَّعيف أَوْلى من إلغاء التَّعليل الصَّحيح. هذا.

(قوله: بِلَا زِيَادَةٍ عَلَى المَشْرُوطِ) أي: المسمَّى كما هو حكمُ الإجارة الفاسدة، وقد مرَّ. وهذا فيما إذا رَبِحَ، وإلا فلا تتحقَّقُ الزِّيادةُ، ولا يكون له أجرٌ ما لم يربحْ، أو يكن الفاسدُ بسبب تسميةِ دراهمَ معيَّنةٍ للعامل؛ لأنَّه لم يرضَ حينئذٍ بالحرمان عند عدم الرِّبح. تأمَّلْ.

(قوله: خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ) فيه إشعارٌ بأنَّ الخلافَ فيما إذا رَبِحَ، وأما إذا لم يَربحْ؛ فأجرُ المثل بالغاً ما بلغَ؛ لأنَّه لا يمكن تقديرٌ بنصف الرِّبح المعدوم كما في «الفصولين». لكن في «الواقعات»: ما قاله أبو يوسفَ مخصوصٌ بما إذا رَبِحَ، وما قاله محمدٌ بأنَّ له أجرَ المثل بالغاً ما بلغ فيما هو أعمُّ. ذكره الشُّمنيُّ.

وأفاد في «الشُّرنبلاليَّة» نقلاً عن «التَّبيين» و«شرح المجمع» و«الخلاصة»: أنَّ وجوبَ أجر المثل مطلقاً قولُ محمدٍ[2]، ومعنى الإطلاق: رَبِحَ أو لم يَرْبَحْ، زادَ على المسمَّى

(١) «الهداية»: ٣/ ٢٠١.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٣.

(إِلَّا فِي وَصِيٍّ أَخَذَ مَالَ يَتِيمٍ مُضَارَبَةً فَاسِدَةً) ....

أو لا. وعند أبي يوسفَ: يجب إن رَبِحَ، وإلا فلا، ولا يجاوزُ المشروطَ. اهـ[1]. وحينئذٍ فيكون مشى في وجوب الأجر مطلقاً على قول محمدٍ، ومشى في عدم مجاوزة المشروطِ على قول أبي يوسفَ، فحاصلُ ما قاله أبو يوسفَ مخصوصٌ بما إذا رَبِحَ، وما قاله محمدٌ بأنَّ له أجرَ المثل بالغاً ما بلغَ، فهو أعمُّ كما ذكرنا.

(قوله: إِلَّا فِي وَصِيٍّ أَخَذَ مَالَ يَتِيمٍ مُضَارَبَةً... إلخ) ظاهرُه: أن للوصيِّ أن يُضاربَ في مال اليتيم بجزءٍ من الرِّبح، وسيأتي بيانُه في الفروع. وكلامُ الزَّيلعيِّ فيه أظهرُ، وأفاد الزَّيلعيُّ أيضاً: أنَّ للوصيِّ دفعَ المال إلى من يَعملُ فيه مضاربةً بطريق النِّيابة عن اليتيم كأبيه[2]. أبو السُّعود[3]. قال في «أحكام الصِّغار»: الوصيُّ يملكُ أخذَ مال اليتيم مضاربةً، فإن أخذَ على أنَّ له عشرةَ دراهمَ من الرِّبح؛ فهذه مرابحةٌ فاسدةٌ ولا أجرَ له. وهذا مُشكلٌ؛ لأنَّ المضاربةَ متى فسدتْ؛ تنعقدُ إجارةً فاسدةً ويجب أجرُ المثل، ومع هذا قال: لا يجبُ؛ لأنَّ حاصلَ هذا راجعٌ إلى أنَّ الوصيَّ يُؤجرُ نفسَه لليتيم، وإنَّه لا يجوزُ. اهـ[4].

ومنه يُعلمُ أنَّ الاستثناءَ الذي ذكره ليس في عبارة الكتاب المذكور، وأنَّه أسقطَ من عبارته ما به يتَّضحُ الحكمُ المذكورُ. وفي «البزَّازيَّة» بعد أن ذكر الإشكالَ الذي ذكرَه في «جامع أحكام الصغار» قال: والجوابُ: أنَّه قد برهَنَ على أنَّ المنافعَ غيرُ متقوِّمةٍ وأنَّه الأصلُ فيها، فلو لزمَ الأجرُ؛ لزمَ التَّقوُّم في غير المتقوِّم نظراً إلى الأصل، وإنَّه لا يجوزُ في مال اليتيم والصَّغير، والتَّقوُّمُ بالعقد الصَّحيح بالنُّصوص الدَّالَّة عليه، والنصُّ لم يَرِدْ في الفاسد،

(١) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٣١٠ (بهامش درر الحكام).

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٧.

(٣) «فتح المعين»: ٣/ ١٨٩.

(٤) «جامع أحكام الصغار»: في أحكام الوصايا: ٢/ ٢١٣.

كشرطِه لنفسه عشرةَ دراهمَ، (فَلَا شَيْءَ لَهُ) في مالِ اليتيم (إِذَا عَمِلَ) «أشباه»[1]. فهو استثناءٌ من أجرِ عمله. (وَ) الفاسدةُ (لَا ضَمَانَ فِيهَا) أيضاً (كَصَحِيحَةٍ) لأنَّه أمينٌ، (وَدَفْعُ المَالِ إِلَى آخَرَ مَعَ شَرْطِ الرِّبْحِ) ....

والواردُ في الصَّحيح لا يكون وارداً في الفاسد في حقِّ الصَّغير. اهـ[2]. ذكره الحمويُّ[3].

(قوله: كَشَرْطِهِ لِنَفْسِهِ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ) الكافُ لتمثيل المضاربة الفاسدة. حلبي.

(قوله: فَلَا شَيْءَ لَهُ) لأنَّه من باب إيجارِ الوصيِّ لنفسه لليتيم، وهو لا يجوزُ كما ذكرنا.

(قوله: فَهُوَ اسْتِثْنَاءٌ مِنْ أَجْرِ عَمَلِهِ) لا حاجةَ إليه؛ لأنَّ المصنِّفَ دفعَ الإيهامَ الذي وقع فيه بقوله: (فلا شيءَ له)، وذلك لأنَّه يَحتملُ أن يكون استثناءً من قوله: (بل له أجرُ مثله) أو من قوله: (بلا زيادة)، والمؤلِّفُ قصدَ التَّوضيحَ.

(قوله: وَالفَاسِدَةُ لَا ضَمَانَ فِيهَا) لأنَّ الفاسدَ من العقود يأخذُ الحكمَ من الصَّحيح منها، ولأنَّه عينٌ في يد أجيره، ولو تَلِفَ بعد العمل فله أجرُ مثله. وقيل: هذا عند أبي حنيفةَ، وعندهما: يَضمنُ إذا تلفَ في يده بما يمكن التَّحرُّزُ عنه. اهـ. وفي «النِّهاية»[4]: والمضاربةُ الفاسدةُ غيرُ مضمونةٍ بالهلاك، وذكر ابنُ سماعةَ عن محمدٍ: أنَّه ضامنٌ للمال، فقيل: المذكورُ في الكتاب قولُ أبي حنيفةَ، وهو بناءٌ على اختلافهم في الأجير المشترك إذا تلفَ المالُ في يده من غير صُنْعه، وعندهما: هو ضامنٌ إذا هلكَ في يده بما يمكن التَّحرُّزُ عنه. وكذلك في كلِّ مضاربةٍ فاسدةٍ. كذا في «المبسوط»[5].

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٣ عن «أحكام الصغار».

(٢) «الفتاوى البزازية»: كتاب الوصايا: ٢/ ٥٧٧.

(٣) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٨٢.

(٤) «النهاية»: ص٢٩٣ (ت: العتيبي).

(٥) «المبسوط» للسرخسي: ٢٢/ ٢٢- ٢٣.

كلّه (لِلْمَالِكِ بِضَاعَةٌ) فيكونُ وكيلاً متبرِّعـاً، (وَمَعَ شَرْطِهِ لِلْعَامِلِ قَرْضٌ) لقلَّة ضرره.
(وَشَرْطُهَا) أمورٌ سبعةٌ: (كَوْنُ رَأْسِ المَالِ مِنَ الأَثْمَانِ) ....

(قوله: كُلِّهِ لِلْمَالِكِ بِضَاعَةً) هو أن يعملَ له متبرِّعـاً.

(قوله: فَيَكُونُ وَكِيلاً مُتبرِّعـاً) أي: بعمله حيث لم يُشترطْ له جزءٌ من الرِّبح.

(قوله: لِقِلَّةِ ضَرَرِهِ) أي: القرض بالنِّسبة للهبة، فجُعلَ قرضـاً ولم يُجعلْ هبةً. لكن فيه اختصارٌ مخلٌّ، وكان عليه أن يقول: قرضٌ لا هبةٌ لقلَّةِ ضرره. قال في «التَّبيين»: وإنَّما صارَ المضارِبُ مُستقرضـاً باشتراط كلِّ الرِّبح له؛ لأنَّه لا يَستحقُّ الرِّبحَ كلَّه إلا إذا صار رأسُ المال ملكـاً له؛ لأنَّ الرِّبحَ فرعُ المال، كالثَّمر للشَّجَر وكالولد للحيوان، فإذا شرطَ أن يكون جميعُ الرِّبح له؛ فقد ملَّكه جميعَ رأس المال مقتضىً، وقضيَّتُه: أن لا يردَّ رأسَ المال؛ لأنَّ التَّمليكَ لا يقتضي الردَّ كالهبة، لكن لفظَ المضاربة يَقتضي ردَّ رأس المال، فجعلْناه قرضـاً لاشتماله على المعنيَيْن عملاً بهما، ولأنَّ القرضَ أدنى التَّبرُّعين؛ لأنَّه يقطعُ الحقَّ عن العين دون البدل، والهبةُ تقطعُه عنهما، فكان أَوْلى؛ لكونه أقلَّ ضرراً. اهـ[1].

(قوله: سَبْعَةٌ) بضمِّ قوله: (ومن شروطها).

مطلبٌ: لا تصحُّ المضاربةُ بالفلوس الكاسدة

(قوله: كَوْنُ رَأْسِ المَالِ مِنَ الأَثْمَانِ) أي: الدَّراهم والدَّنانير عندهما، وبالفلوس النَّافقة. ولو دفعَ له عَرْضـاً وقال له: بِعْه واعملْ مضاربةً في ثمنه، فباعَ بدراهمَ أو دنانيرَ، فتصرَّفَ؛ صحَّ. ذكره مسكين[2]. لكن فيه مخالفةٌ لِمَا في القهستانيِّ عن «الكبرى»، ونصُّه:

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٣.

(٢) «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٢٩- ٢٣٠.

....

في المضاربة بالتِّبر روايتانِ، وعن الشَّيخين: أنَّها تصحُّ بالفلوس، وعند محمدٍ: لا تصحُّ، وعليه الفتوى. اهـ[1]. وإنَّما جازَ في مسألة ثمن الثَّوب؛ لأنَّ المضاربةَ ليس فيها إلا توكيلٌ وإجازةٌ، وكلُّ ذلك قابلٌ للإضافة على الانفراد، فكذا عند الاجتماع كما في الزَّيلعيِّ. وإنَّما اشتُرِطَ كونُ رأس المال من الأثمان؛ لأنَّها شِركةٌ عند حصول الرِّبح، فلا بُدَّ من مالٍ تصحُّ به الشَّركةُ، وهو الدَّراهمُ والدَّنانيرُ والتِّبرُ والفلوسُ النَّافقةُ. اهـ «منح».

وجوازُها بالتِّبر إن كان رائجاً، وإلا فهو كالعُرُوض، فلا تجوزُ المرابحةُ عليه إلا إذا بِيعتِ العروضُ فصارتْ نقوداً، فإنَّها تنقلبُ مضاربةً، وكذلك الكيليُّ والوزنيُّ لا يصلحُ أن يكون رأسَ المال عندنا، خلافاً لابن أبي ليلى كما في «النِّهاية». وذكرَ في «تكلمة الدَّيْريِّ»: وما نقلَه البعضُ أنَّه عند مالكٍ تصحُّ بالعُرُوض لا يكادُ يصحُّ، وإنَّما المنقولُ عن ابن أبي ليلى: أنَّه يجوزُ بكلِّ مالٍ، وعليه كلامُ الكاكيِّ[2]. انتهى.

وقيَّد في «الدُّرَر» بالفلوس النَّافقة أيضاً[3]، قال في «الهنديَّة»: والفتوى على أنَّه تجوزُ بالفلوس الرَّائجة. كذا في «التَّاترخانيَّة» ناقلاً عن «الكبرى»[4]. ولا يجوز بالذَّهب والفضَّة إذا لم تكن مضروبةً في رواية «الأصل». كذا في «فتاوى قاضيخان»[5]. وفي «الكبرى»: في المضاربة بالتِّبر روايتانِ، ففي كلِّ موضعٍ يروجُ التِّبرُ رواجَ الأثمان تجوزُ المضاربةُ. هكذا

(١) «جامع الرموز»: ص٥٠٢.

(٢) «معراج الدراية»: ٧/ ٦٢- ٦٣.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٣١١.

(٤) «الفتاوى التاترخانية»: ١٥/ ٣٩١.

(٥) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٢.

كما مرَّ في الشِّركة، (وَهُوَ مَعْلُومٌ) للعاقدَيْن، ....

في «التَّاترخانيَّة» و«المبسوط» و«البدائع»[1]. وتجوزُ بالدَّراهم النَّبهرجة والزُّيوف، ولا يجوزُ بالسَّتُّوقة، فإن كانت السَّتُّوقةُ تروجُ؛ فهي كالفلوس. كذا في «فتاوى قاضيخان»[2].

وفي «الحامديَّة»: سُئلَ فيما إذا دفعَ زيدٌ لعمرٍو بضاعةً على سبيل المضاربة، وقال لعمرو: "بِعْها ومهما ربحتْ يكون بيننا مثالثةً"، فباعَها وخسرَ فيها، فالمضاربةُ غيرُ صحيحةٍ، ولعمرٍو أجرُ مثله بلا زيادةٍ على المشروط. اهـ[3]. رجلٌ دفعَ لآخر أمتعةً وقال: "بِعْها واشترِ بها، وما ربحتَ فبيننا نصفينِ"، فخسرَ؛ فلا خُسرانَ على العامل، وإذا طلبَ صاحبُ الأمتعة بذلكَ، فتصالَحا على أن يُعطيَه العاملُ إيَّاه؛ لا يلزَمُه. ولو كفلَ إنسانٌ ببدل الصُّلح؛ لا يصحُّ، ولو عملَ هذا العاملُ في هذا المال؛ فهو بينهما على الشَّرط؛ لأنَّ ابتداءَ هذا ليس بمضاربةٍ، بل هو توكيلٌ ببيع الأمتعة، ثمَّ إذا صارَ الثَّمنُ من النُّقود؛ فهو دفعَ مضاربةً بعد ذلك، فلم يَضمنْ أوَّلاً؛ لأنَّه أمينٌ بحقِّ الوكالة، ثمَّ صار مُضارباً، فاستحقَّ المشروطَ. «جواهر الفتاوى».

(قوله: كَمَا مَرَّ فِي الشِّرْكَةِ) من أنَّها لا تصحُّ مفاوضةً وعِناناً بغير النَّقدين والفلوسِ النَّافقة والتِّبر والنُّقْرة إن جرى التَّعاملُ بهما.

مطلبٌ: قرضُ المشاع جائزٌ

(قوله: وَهُوَ مَعْلُومٌ لِلْعَاقِدَيْنِ) لئلا يَقَعا في المنازعة ولو مشاعاً؛ لِمَا في «التَّاترخانيَّة»: وإذا دفعَ ألفَ درهمٍ إلى رجلٍ وقال: "نِصْفُها عليك قرضٌ ونصفُها معك مضاربةٌ

---

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ١٥/ ٣٩١، «بدائع الصنائع»: ٦/ ٨٢.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٢، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٢٨٦.

(٣) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٦٦.

....

بالنِّصف"؛ صحَّ، وهذه المسألةُ نصٌّ على أنَّ قرضَ المشاع جائزٌ، ولا يوجدُ لهذا روايةٌ إلا ههنا. وإذا جازَ هذا العقدُ؛ كان لكلِّ نصفٍ حكمُ نفسه. وإن قال: "على أنَّ نِصفَها قرضٌ وعلى أن تعملَ بالنِّصف الآخر مضاربةً على أنَّ الرِّبح كلَّه لي"؛ جازَ ويُكرهُ؛ لأنَّه قرضٌ جرَّ منفعةً. وإن قال: "على أنَّ نصفَها قرضٌ عليك ونصفَها مضاربةٌ بالنِّصف"؛ فهو جائزٌ، ولم يذكر الكراهيةَ هنا، فمن المشايخ من قال: سكوتُ محمدٍ عنها هنا دليلٌ على أنَّها تنزيهيةٌ. وفي «الخانيَّة»: قال: "على أن تعملَ بالنِّصف الآخر على أنَّ الرِّبح لي"؛ جازَ ولا يُكرهُ، فإن رَبِحَ كان بينهما على السَّواء، والوضيعةُ عليهما؛ لأنَّ النِّصفَ مَلكَه بالقرض والآخرَ بضاعةٌ في يده[1]. وفي «التَّجريد»: يُكرهُ ذلك. وفي «المحيط»: ولو قال: "على أنَّ نصفَها مضاربةٌ بالنِّصف ونصفَها هبةٌ لك"، وقَبَضَها غيرَ مقسومةٍ؛ فالهبةُ فاسدةٌ والمضاربةُ جائزةٌ، فإن هلكَ المالُ قبل العمل أو بعده؛ ضمنَ النِّصفَ حصَّةَ الهبة فقط[2]. وهذه المسألةُ نصٌّ على أنَّ المقبوضَ بحكم الهبة الفاسدة مضمونٌ على الموهوب له. انتهى ملخَّصاً. وتمامُه فيه فليُحفظْ، فإنَّه مهمٌّ. وهذه الأخيرةُ ستأتي قُبَيل كتاب الإيداع قريباً من أن الصَّحيحَ: أنَّه لا ضمانَ في حصَّةِ الهبة أيضاً؛ لأنَّ الصَّحيحَ أنَّ الهبةَ الفاسدةَ تملكُ بالقبض. اهـ. لكن فيه: أنَّ الواهبَ سلَّطَ الموهوبَ له على قبضِ ماله في الهبة المذكورة، فكيف يضمنُ؟! وقد أوضحَ الجوابَ عنه في «نور العين»: بأنَّ الهبةَ الفاسدةَ تنقلبُ عقدَ معاوضةٍ، فتكون كالمقبوض على حكم البيع الفاسد، وهو مضمونٌ. اهـ[3].

وقولُه: "فإن رَبِحَ كان بينهما على السَّواء" أي: ربح جميع الألف بدليل التَّعليل المذكور.

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٥.

(٢) «المحيط الرضوي»: كتاب الهبة: ٥/ ٥١١.

(٣) «نور العين»: الفصل التاسع والعشرون: ٢/ ٣٤١- ٣٤٢.

(وَكَفَتْ فِيهِ الإِشَارَةُ) والقولُ في قَدْره وصفتِه للمضارب بيمينه، والبيِّنةُ للمالك، وأمَّا المضاربةُ بدَينٍ، فإنْ على المضارب لم يَجُزْ، ....

ولا يُشكلُ هذا على قولهم: إنَّ الشَّرطَ الموجِبَ انقطاعَ الشَّركة يُفسِدُها، أي: المضاربةَ؛ لأنَّا نقول: ما في الصُّورة المذكورة بحقِّ نصف الألف هو بضاعةٌ لا مضاربةٌ. تأمَّلْ.

(قوله: وَكَفَتْ فِيهِ) أي: في الإعلام. «منح».

(قوله: الإِشَارَةُ) كما إذا دفعَ لرجلٍ دراهمَ مضاربةً وهو لا يعرفُ قَدرَها؛ فإنَّه يجوزُ، فيكون القولُ في قدرها وصفَتِها للمضارب مع يمينه، والبيِّنةُ للمالك، أي: إذا أشارَ إليها لئلا يَقَعا في المنازعة له. في «الدُّرَر»[1].

(قوله: وَالبيِّنَةُ لِلْمَالِكِ) أي: لو ادَّعى ربُّ المال أنَّه دفعَ إليه ألفينِ، وقال المضاربُ: "ألفـًا فقط"، أو ادَّعى ربُّ المال أنَّها بيضٌ، وقال المضاربُ: "سودٌ"؛ فالقولُ للمضارب بيمينه؛ لأنَّه منكرٌ، والبيِّنةُ لربِّ المال؛ لأنَّه مدَّعٍ.

(قوله: لَمْ يَجُزْ) لأنَّ المضارِبَ أمينٌ ابتداءً، ولا يُتصوَّرُ كونُه أمينـًا فيما عليه من الدَّين، أي: لأنَّه لا يبرأُ إلا بتسليمه لربِّه، ويكون الرِّبحُ للمشتري في قول أبي حنيفةَ. وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: الرِّبحُ لربِّ الدَّين، ويبرأُ المضاربُ عن الدَّين. كذا في «الخانيَّة» عن «العزميَّة»[2]. قال في «البحر»: وأمَّا المضاربةُ بدينٍ، فإن كان على المضاربِ؛ فلا يصحُّ وما اشتراهُ له، والدَّينُ في ذمَّتِه. اهـ[3]. والأوجهُ تأخيرُ هذا عند قوله: (وكونُ رأس المال عينـًا لا دينـًا) بطريق التَّفريع عليه كما فعلَ صاحبُ «الدُّرَر»[4].

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٣١١.

(٢) كذا وقع، والصواب: (العزمية عن الخانية). انظر: «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٢، «تصحيح الدرر»: ق٢٧٤/ آ راغب باشا.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٣.

(٤) «درر الحكام»: ٢/ ٣١١.

وإنْ على ثالثٍ؛ جازَ ....

(قوله: وَإِنْ عَلَى ثَالِثٍ) بأن قال: "اقبِضْ ما لي على فلان ثمَّ اعملْ به مضاربةً"، ولو عَمِلَ قبل أن يقبِضَ الكلَّ؛ ضَمِنَ، ولو قال: "فاعملْ به"؛ لا يضمنُ، وكذا بالواو؛ لأنَّ "ثمَّ" للتَّرتيب، فلا يكون مأذوناً بالعمل إلا بعد قبض الكلِّ، بخلاف الفاء والواو. ولو قال: "اقبِضْ دَيْني لتعملَ به مضاربةً"؛ لا يصيرُ مأذوناً ما لو يقبضِ الكلَّ. «بحر»[1]. أي: فلو عملَ قبل أن يقبضَه كلَّه ضمنَ. وبحثَ فيه: بأنَّ القولَ بأنَّ الفاءَ كالواو في هذا الحكم نظرٌ؛ لأنَّ "ثمَّ" تفيدُ التَّرتيبَ والتَّراخيَ، والفاءُ تفيدُ التَّعقيبَ والتَّرتيبَ، فينبغي أن لا يثبتَ الإذنُ فيهما قبل القبض، بل يثبتَ عَقِبَه، بخلاف الواو، فإنَّها لمطلق الجمع من غير تعرُّضٍ لمقارنةٍ ولا ترتيبٍ، وعليه عامَّةُ أهل اللُّغة وأئمَّة الفتوى. تأمَّلْ.

(قوله: جَازَ) لأنَّ هذا توكيلٌ بالقبض وإضافةٌ للمضاربة إلى ما بعد قبض الدَّين، وذلك جائزٌ، بخلاف ما إذا قال: اعمَلْ بالدَّين الذي لي عليكَ حيث لا يجوزُ للمضاربة؛ لأنَّ المضاربةَ توكيلٌ بالشِّراء، والتَّوكيلُ بالشِّراء بدَيْنٍ في ذمَّة الوكيل لا يصحُّ حتَّى يُعيِّنَ البائعَ أو المبيعَ عند أبي حنيفةَ، فبطلَ التَّوكيلُ بالكليَّة، حتَّى لو اشترى؛ كان للمأمور. وكذا لا يصحُّ التَّوكيلُ بقبض ما في ذمَّة نفسه، فلا يُتصوَّرُ المضاربةُ فيه. وعندهما: يصحُّ التَّوكيلُ بالشِّراء بما في ذمَّة الوكيل من غير تعيينِ ما ذكرنا، حتَّى يكونُ مشترياً للآمر، لكن المشترى عُرُوضٌ، فلا تصحُّ المضاربةُ بها على مابيَّنَّا. اهـ زيلعي[2].

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٣- ٢٦٤.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٤.

وكُرِهَ. ولو قال: "اشترِ لي عبداً نسيئةً ثمَّ بِعْه وضارِبْ بثمنه"، ففعلَ؛ جازَ، كقوله لغاصبٍ أو مُستودَعٍ أو مُستبضعٍ: "اعمَلْ بما في يدكَ مضاربةً بالنِّصف"؛ جازَ. «مجتبى». (وَكَوْنُ رَأْسِ المَالِ عَيْنًا لا دَيْنًا) كما بُسطَ في «الدُّرَر» ....

مطلبٌ: حيلةُ جواز المضاربة في العُرُوض

(قوله: وَكُرِهَ) لأنَّه اشترطَ لنفسِه منفعةً قبل العقد. «منح». ويظهرُ هذا في المسألة التي بعد قوله: (ولو قال: اشترِ لي عبداً نسيئةً... إلخ)، هذا يُفهمُ أنَّه لو دفعَ عرضاً وقال له: "بِعْه واعملْ بثمنه مضاربةً" أنَّه يجوز بالأَوْلى كما ذكرنا، وقد أوضحَه الشَّرح. وهذه حيلةٌ لجواز المضاربة في العروض. وحيلةٌ أخرى ذكرها الخصَّافُ: أن يَبيعَ المتاعَ من رجلٍ يثقُ به ويُقبضَ المالَ، فيدفعَه إلى المضارب مضاربةً، ثمَّ يشتريَ هذا المضاربُ هذا المتاعَ من الرَّجل الذي ابتاعَه من صاحبه. ط[1].

(قوله: «مُجْتَبَى»[2]) ومثلُه في «البحر»[3].

(قوله: وَكَوْنُ رَأْسِ المَالِ عَيْنًا) أي: معيَّنـاً، وليس المرادُ بالعين: العرضُ.

(قوله: كَمَا بُسِطَ فِي «الدُّرَرِ») حيث قال فيه: لأنَّ المضاربَ أمينٌ ابتداءً، ولا يُتصوَّرُ كونُه أميناً فيما عليه من الدَّين، فلو قال: "اعملْ بالدَّين الذي بذمَّتِك مضاربةً بالنِّصف"؛ لم يجزْ، بخلافِ ما لو كان له دَيْنٌ على الثَّالث، فقال: "اقبضِ مالي من فلانٍ واعملْ به مضاربةً" حيث يجوزُ؛ لأنَّه أضافَ المضاربةَ إلى زمان القبض، والدَّينُ فيه يَصيرُ عيناً، وهو

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٣.

(٢) «المجتبى»: ٣/ ٣١٧ عن «الكفاية» للبيهقي.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٤.

(وَكَوْنُهُ مُسَلَّماً إِلَى المُضَارِبِ)........

يصلحُ أن يكون رأسَ المال. اهـ[1]. وهو كالذي قدَّمه في الدَّين قريباً، وذكرَ فيه تفصيلاً كما هنا: بأنَّ هذا إذا كان دَيْناً على المضارب، أمَّا لو كان على غيره؛ جازَ وكُرِهَ؛ لأنَّ ما كان على الغير بقبضه يصيرُ عيناً، فتقعُ المضاربةُ عليه لا على الدَّين كما سمعتَ. فمن قال: إنَّه مكرَّرٌ مع ما تقدَّم؛ توهَّمَ أنَّه متقدِّمٌ متناً، ومن قال: إنَّه موهمٌ للإطلاق، أي: يوهمُ أنَّه لا فرقَ أن يكون الدَّينُ على المضاربِ أو على الأجنبيِّ، وقد علمتَ الجوابَ: أنَّ ما على الأجنبيِّ يصيرُ عيناً بقبضه، فلم يقع العقدُ على الدَّين، بل على العين المقبوضة.

(قوله: وَكَوْنُهُ مُسَلَّماً إِلَى المُضَارِبِ) لأنَّ المالَ في المضاربةِ من أحد الجانبين والعملَ من جانب الآخر، فلان يخلصُ[2] المالُ للعامل ليتمكَّنَ في التَّصرُّف منه، ولأنَّ المالَ يكون أمانةً عنده، فلا يتمُّ إلا بالتَّسليم إليه كالوديعة، فلو شرطَ ربُّ المال أن يعملَ مع المضارب لا تجوزُ المضاربةُ؛ لأنَّه شرطٌ يمنعُ من التَّسليم والتَّخليةِ بين المال والمضارِب، سواءٌ كان المالكُ عاقلاً أو لا، كالأب والوصيِّ إذا دفعَ مالَ الصَّغير مضاربةً وشرطَ عملَ شريكه ـ أي: الصَّغير ـ مع المضارب؛ لا تصحُّ المضاربةُ. وفي السغناقيِّ: وشرطُ عمل الصَّغير لا يجوزُ، وكذا أحدُ المتفاوضَيْن أو شريكي العِنان إذا دفعَ المالَ مضاربةً وشرطَ عملَ صاحبه؛ فسدَ العقدُ. «تاترخانيَّة». ولو شرطَ أن يكون المالُ كلَّ ليلةٍ عند المالك فسدتِ المضاربةُ. قهستاني[3]. قال الإسبيجابيُّ: إذا ردَّ المضاربُ رأسَ المال على المالك، وأمرَه أن يَبيعَ ويشتريَ على المضاربة، ففعلَ ورَبِحَ؛ فهو جائزٌ على المضاربة، والرِّبحُ على ما شَرَطا؛ لأنَّه لم يوجدْ صريحُ النَّقد ولا دلالتُه؛ لأنَّه صارَ مُستعيناً

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٣١١.

(٢) في هامش بولاق: (قوله: فلان يخلص... إلخ، هكذا بالأصل، وليحرر. اهـ).

(٣) «جامع الرموز»: ص٥٠٢.

ليمكِنَه التَّصرُّفُ (بِخِلَافِ الشِّرْكَةِ) لأنَّ العملَ فيها من الجانبين. (وَكَوْنُ الرِّبْحِ بَيْنَهُمَا شَائِعًا) ....

به على العمل، وإذا وقعَ العملُ من رب المال إعانةً لا يُجعلُ استرداداً، بخلافِ ما إذا شُرطَ عملُ ربِّ المال حالَ العقد أفسدَ. وحكى الإمامُ القاضي العامريُّ عن محمد بن إبراهيم الضَّرير: أنَّ شرطَ عمل ربِّ المال مع المضارب إنَّما يكون مُفسداً إذا شرطَ العملُ جملةً، أمَّا إذا شرطَ ربُّ المال لنفسه أن يتصرَّفَ في المال بانفراده متى بدا له، وأن يتصرَّفَ المضاربُ في جميع المال بانفراده متى بدا له؛ جازت المضاربةُ كما في «الذَّخيرة».

وقيَّد بربِّ المال؛ لأنَّ العاقدَ لو لم يكن ربَّ المال، فإن كان أهلاً لأنْ يكون مُضارباً في ذلك المال كالأب والوصيِّ؛ يجوز شرطُ العمل عليه، وإن لم يكن أهلاً كالمأذون لا يجوزُ كما في الشُّروح. انتهى. وسيأتي في الباب الآتي متناً بعضُ هذا.

(قوله: لِيُمْكِنَهُ التَّصَرُّفُ) أي: ولأنَّها في معنى الإجارة، والمالُ محلٌّ، فيجب تسليمُه.

(قوله: لِأَنَّ العَمَلَ فِيهَا مِنَ الجَانِبَيْنِ) فلو شُرطَ خُلوصُ اليد لأحدهما؛ لم تنعقدِ الشِّركةُ لانتفاء شرطها، وهو العملُ منهما. كذا في «الدُّرَر»[1].

(قوله: شَائِعًا) أنصافاً أو أثلاثاً مثلاً؛ لتحقُّقِ المشاركة بينهما في الرِّبح قلَّ أو كَثُرَ. قاله في «البرهان». وفي «البحر»: الرَّابعُ: أن يكون الرِّبحُ بينهما شائعاً كالنِّصف والثُّلُث، لا سهماً معيَّناً يقطعُ الشِّركةَ كمائةِ درهمٍ، أو مع النِّصف عشرة[2]. اهـ ط[3].

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٣١١.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٤.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٣.

فلو عيَّنَ قَدْراً؛ فسدتْ ....

أيِ: لاحتمال أن لا يَحصلَ من الرِّبح إلا مقدارُ ما شرطَ له، وإذا انتفى الشِّركةُ في الرِّبح لا تتحقَّقُ المضاربةُ؛ لأنَّها جُوِّزتْ بخلاف القياس بالنصِّ بطريق الشِّركة في الرِّبح، فيقتصرُ على مورد النصِّ. وفي المتن إيماءٌ إلى أنَّ المشروطَ للمضارب إنَّما يكون من الرِّبح، حتَّى لو شُرطَ من رأس المال، أو منه ومن الرِّبح؛ فسدتْ كما في «الخزانة»[(١)]. وعليه تعريفُ المضاربة.

(قوله: فَلَوْ عَيَّنَ قَدْراً فَسَدَتْ) لقطعه الشِّركةَ في الرِّبح، وإذا فسدتْ؛ فله أجرُ مثله لا يجاوزُ المشروطَ عند أبي يوسف؛ لرضاهُ به إذا كان المسمَّى معلوماً، أمَّا لو كان مجهولاً كما هنا، أو لم يُوجدْ رِبحٌ لا يقال: رَضيَ بالقدر المشروط زيادةً عن حصَّتِه من الرِّبح؛ لأنَّه لم يرضَ بها إلا مع نصف الرِّبح، وهو معدومٌ، فالمسمَّى غيرُ معلومٍ، فيجب أجرُ المثل بالغاً ما بلغَ. وقد يجابُ: بأنَّ هذا العقدَ لَمَّا كان فاسداً؛ كان ما سُمِّيَ فيه محظوراً، فقطعَ النَّظرُ عمَّا هو موجَبُ المضاربة، وعُوِّلَ على ما عيَّنَ معه على أنَّه أجرُ مثلٍ في إجارةٍ، لا موجب مضاربةٍ، ولهذا قالوا: هذه إجارةٌ في صورة مضاربةٍ. حموي عن المقدسي[(٢)].

قلتُ: ما بحثَه المقدسيّ صرَّحَ به القهستانيُّ معزيّاً «للفصولين»، ونصُّه بعد أن حكى الخلافَ عن الصَّاحبين في أنَّ أجرَ المثل هل يجب بالغاً ما بلغَ أو لا يجاوزُ به المشروطُ؟ قال: والخلافُ فيما إذا رَبِحَ، وأمَّا إذا لم يربحْ؛ فأجرُ المثل بالغاً ما بلغَ؛ لأنَّه لا يمكن تقديرُه... إلخ[(٣)]، وحينئذٍ لا حاجةَ إلى تكلُّف الجواب. ولا ينافي كلامَ القهستانيِّ ما

---

(١) «خزانة المفتين»: ج٢/ ق٢٢٢/ آ محمد عاصم.

(٢) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٦٩/ ب شهيد علي باشا.

(٣) «جامع الرموز»: ص٥٠٢.

(وَكَوْنُ نَصِيبِ كُلٍّ مِنْهُمَا مَعْلُومـًا) عند العقد. ومن شروطها: كونُ نصيبِ المضارِب من الرِّبح، حتَّى لو شُرطَ له من رأس المال أو منه ومن الرِّبح فَسدتْ. وفي «الجلاليَّة»:

سيأتي في الشَّارح من قوله: (وعن أبي يوسفَ: إن لم يربحْ فلا أجرَ له)؛ لأنَّه ذكرَه بلفظ "عن"، فلا ينافي كونَ المذهب عنده استحقاقُ الأجر له بالغـًا ما بلغَ. بقي أن يقال: ظاهرُ كلام المقدسيِّ: أنَّ المسمَّى للمضارب من الرِّبح إذا كان جزءاً شائعـًا كالنِّصف يقال: إنَّه معلومٌ، وهو مخالفٌ لِمَا في الشُّمنيِّ حيث قال: فإن كان المسمَّى معلومـًا لا يُزادُ عليه، وإن كان مجهولاً كدابَّةٍ أو ثوبٍ؛ يجب بالغـًا ما بلغَ، وإن كان معلومـًا من وجهٍ دون وجهٍ، كالجزء الشَّائع مثل: النِّصف والرُّبع؛ فعند محمدٍ: يجب بالغـًا ما بلغَ؛ لأنَّه مجهولٌ؛ إذ يَكثرُ بكثرة ما يحصلُ وينقصُ بقِلَّته. وعندهما: لا يزادُ على المسمَّى؛ لأنَّه معلومٌ من جملةِ ما يحصلُ بعمله. اهـ أبو السُّعود[1]. وإنَّما تكون إجارةً فاسدةً إذا فسدتْ إن لم يُبيِّنْ مدَّةً معلومةً، أمَّا لو بيَّنَها؛ ينبغي أن يكون أجيراً خاصـًّا، فيستحقُّ بتسليم نفسه في المدَّة كما هو حكمُ الأجير الخاصِّ. وليراجعْ.

(قوله: وَكَوْنُ نَصِيبِ كُلٍّ مِنْهُمَا مَعْلُومـًا عِنْدَ العَقْدِ) لأنَّ الرِّبحَ هو المعقودُ عليه، وجهالتُه تُوجبُ فسادَ العقد. اهـ «درر»[2].

(قوله: فَسَدَتْ) لأنَّهما شرطان لا يَقتضيهما العقدُ. قال في «التَّاترخانيَّة»: وما لا يوجبُ شيئـًا من ذلك لا يوجبُ فسادَ المضاربة، نحوُ: أن يَشترطا أن تكون الوضيعةُ عليهما. وفي «الفتاوى العتَّابيَّة»: ولو قال: "إنَّ الرِّبحَ والوضيعةَ بيننا"؛ لم يجزْ، وكذا لو شَرَطا الوضيعةَ

---

(١) «فتح المعين»: ٣/ ١٩٠.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٣١١.

كلُّ شرطٍ يُوجبُ جهالةً في الرِّبح أو يَقطعُ الشِّركةَ فيه ....

أو بعضَها على المضارب فسدتْ. وذكر الكرخيُّ: أنَّ الشَّرطَ باطلٌ، وتصحُّ المضاربةُ إذا شُرطَ فيه نصفُ الرِّبح. وفي «الذَّخيرة»: ذكر شيخُ الإسلام في أوَّل المضاربة: أنَّ المضاربةَ لا تفسدُ بالشُّروط الفاسدة، وإذا شرطَ للمضارب رِبْحُ عشرةٍ؛ فسدتْ؛ لأنَّه شرطٌ فاسدٌ؛ لأنَّه شرطٌ تَنتفي به الشَّركةُ في الرِّبح[1]. اهـ[2].

(قوله: يُوجِبُ جَهَالَةً فِي الرِّبْحِ) كما إذا شرطَ له نصفُ الرِّبح أو ثُلُثُه أو رُبُعُه بـ"أو" التَّرديديَّة. حلبي. يعني: ذكرَ مجموعُ الثَّلاثة بطريق التَّرديد؛ لاقتضاء التَّرديد جهالةَ الرِّبح.

(قوله: أَوْ يَقْطَعُ الشِّرْكَةَ) كما لو شرطَ لأحدهما دراهمُ مسمَّاةٌ. حلبي. وأوردَ الأكملُ شرطَ العمل على ربِّ المال، فإنَّه يُفسِدُها وليس بواحدٍ منهما[3]. وأجيبَ: بأنَّ المرادَ بالفساد: ما بعد الوجود، وهي عند اشتراط ذلك لو تُوجدِ المضاربةُ أصلاً؛ إذ حقيقَتُها أن يكون العملُ فيها من طرف المضارب. وفي المقدسيِّ: قال الزَّيلعيُّ وغيرُه: فالأصلُ: أنَّ كلَّ شرطٍ يُوجبُ جهلَ الرِّبح أو قطعَ الشِّركة مفسدٌ، وما لا فلا[4]. قال الأكملُ: شرطُ العمل على ربِّ المال لا يُفسِدُها وليس بواحدٍ منهما، فلم يطَّردْ. والجوابُ: إنَّه قال: وغير ذلك من الشُّروط الفاسدة لا يُفسِدُها، وإذا شُرطَ العملُ عليه؛ فليس ذلك مضاربةً، وسلبُ الشَّيء عن المعدوم صحيحٌ، يجوز أن تقول: "زيدٌ المعدومُ ليس ببصيرٍ"، وقولُه بعدُ: "وشرطُ العمل على المالك مفسدٌ" معناهُ: مانعٌ عن تحقُّقِه. قال بعضُ المحقِّقين:

(١) «الذخيرة البرهانية»: كتاب الشركة: ٨/ ٢١٩.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٥/ ٣٩٧.

(٣) «العناية»: ٨/ ٤٥١- ٤٥٢.

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٦.

مضمونُه وإن لم يكن فاسداً في نفسه، إلا أنَّه مُفسدٌ لمعنى المقام؛ لأنَّ معنى القسم الثَّاني من الأصل على ما صرَّحوا به: هو أنَّ غيرَ ذلك من الشُّروط لا يُفسدُ المضاربةَ، بل تبقى صحيحةً ويبطلُ الشَّرطُ، وقد أشارَ إليه المصنِّفُ بقوله: كاشتراط الوضيعة على المضارب، وقد كان اعترفَ به أوَّلاً حيث قال: ولَمَّا كان من الشُّروط ما يُفسدُ العقدَ ومنها ما يبطلُ في نفسه وتبقى المضاربةُ صحيحةً؛ أراد أن يُشيرَ إلى ذلك بأمرٍ جليٍّ فقال: شرط... إلخ، ولا شكَّ أنَّ المضاربةَ لا تندرجُ في هذا المعنى. اهـ ما في المقدسيِّ.

وعبارةُ «الدُّرَر»: كذا ـ أي[1]: يُفسدُ المضاربةَ ـ كلُّ شرطٍ يوجبُ جهالةَ الرِّبح، كما لو قال: لك نصفُ الرِّبح أو ثُلُثُه أو رُبُعُه؛ لِمَا مرَّ أنَّ الرِّبحَ هو المعقودُ عليه، فجهالتُه تفسدُ العقدَ، وغيرُه لا، أي: غيرُ ذلك من الشُّروط الفاسدة، بل يبطلُ الشَّرطُ كاشتراط الخُسْران على المضارب، فإنَّه لا يَقطَعُها، وهو على ربِّ المال[2]. قال المولى عبدُ الحليم: قولُه: كما لو قال: "لك نصفُ الرِّبح أو ثُلُثه أو رُبعُه"، ولم يُعيِّنْ واحداً من هذه الكسور والأعداد، وفي بعض النُّسخ: أو شرط أن يدفعَ المضاربُ دارَه إلى ربِّ المال ليسكُنَها، أو أرضَه سنةً ليزرَعَها، وهو الموافقُ لِمَا في شروح «الهداية». قولُه: وغيره أي: غيرُ كلِّ شرطٍ يوجبُ جهالةَ الرِّبح، أو غيرُ كلِّ شرطٍ يوجبُ قطعَ الشِّركة في الرِّبح أو جهالةً لا يفسدُ ذلك الغيرُ من الشُّروط الفاسدة عقدَ المضاربة، بل يبطلُ الشَّرطُ وتبقى المضاربةُ صحيحةً، هذا هو المعنى من سَوْق الكلام ومقتضى الكلام. ولكن اعتُرِضَ

(١) في بولاق: (أن)، والتصحيح من «الدرر».

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٣١١- ٣١٢.

يُفسِدُها، وإلا؛ ....

عليه: بأنَّ شرطَ العمل على ربِّ المال شرطٌ ليس بواحدٍ منهما، فلم يطَّرد هذا الضَّابطُ الكليُّ. أقول: دفعُه على ما نسقَه المصنِّفُ ظاهرٌ؛ لأنَّه ذكرَ هذا الشَّرطَ أوَّلاً وأتى بالضَّابط الكليِّ بعده، فيُحملُ على غير هذا الشَّرط بقرينة المقابلة. وأمَّا على ما هو ترتيبُ صاحب «الهداية» حيث أخَّرَ ذكرَ هذا الشَّرط عن ذلك؛ فيكون مخصِّصاً لعمومه، بل يكون بمنزلةِ الاستثناء به عنه، ونظائرُه أكثرُ من أن تُحصى كما لا يخفى على من تدرَّب. هذا، ولبعض الشُّرَّاح هنا جوابٌ عنه، ولبعضهم اعتراضٌ عليه، ولذلك تركناه، وما ذكرناه أَوْلى.

وما يقال في دفع الاعتراض من أنَّ الشَّرطَ الذي يوجبُ جهالةَ الرِّبح ليس فسادُ المضاربة به لمقارنةِ شرطٍ فاسدٍ، بل لانعدام صحَّتها، وهو معلوميَّةُ الرِّبح، وكذا فسادُها بشرطِ العمل على ربِّ المال ليس لكونه شرطاً مفسداً، بل لتضمُّنِه انتفاءَ شرطِ صحَّة المضاربة، وهو تسليمُ المال إلى المضارب. أقول: كونُ كلٍّ من هذين الشَّرطين متفرِّعاً على شرطٍ من الشُّروط الستة لا يمنعُ ورودَ ذلك الشَّرط على هذا الضَّابط الكليِّ؛ لأنَّه في بيان الشَّرط وغيرِ المفسد والفرقِ بينهما. وأقول: الأمرُ أقربُ من ذلك كلِّه، فيقال: هذه الكليَّةُ غيرُ صحيحةٍ، ويزادُ فيما يُفسدُ المضاربةَ: اشتراطُ العمل... إلخ. تأمَّلْ.

(قوله: يُفْسِدُهَا) فللعامل أجرُ مثل عمله؛ لأنَّه لم يَرْضَ بالعمل مجَّاناً، ولا سبيلَ إلى المسمَّى المشروط للفساد، فيُصارُ إلى أجر المثل ضرورةً، والرِّبحُ لربِّ المال؛ لأنَّه نماءُ ملكه. «درر»[1].

(قوله: وَإِلَّا) أي: وإلا يكنْ واحدٌ منهما، أي: لم يوجبِ الشَّرطُ جهالةً في الرِّبح ولا

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٣١١.

بطلَ الشَّرطُ وصحَّ العقدُ اعتباراً بالوكالة. (وَلَوِ ادَّعَى المُضَارِبُ فَسَادَهَا؛ فَالقَوْلُ لِرَبِّ المَالِ، وَبِعَكْسِهِ فَلِلْمُضَارِبِ) الأصلُ: أنَّ القولَ لمدَّعي الصحَّة في العقودِ، إلا إذا قال ربُّ المال: "شَرطتُ لك ثُلُثَ الرِّبح إلا عشرةً"، وقال المضارِبُ: "الثُّلثَ"، فالقولُ

قطعًا في الشِّركة (بَطَلَ الشَّرْطُ) كاشتراط الخسران على المضارب، وكذا على ربِّ المال أو عليهما كما في «التُّحفة»[1].

(قوله: وَصَحَّ العَقْدُ اعْتِبَاراً بِالوَكَالَةِ) لأنَّ الخسرانَ جزءٌ هالكٌ من المال، فلا يجوز أن يلزمَ غيرَ ربِّ المال، لكنَّه شرطٌ زائدٌ لا يُوجبُ قطعَ الشِّركة في الرِّبح، والجهالةُ فيه لا تفسدُ المضاربةَ؛ لأنَّها لا تفسدُ بالشُّروط الفاسدة كالوكالة، ولأنَّ صحَّتَها تتوقَّفُ على القبض، فلا تبطلُ بالشَّرط كالهبة. «درر»[2].

(قوله: وَلَوِ ادَّعَى المُضَارِبُ فَسَادَهَا) الأخصرُ الأوضحُ أن يقول: والقولُ لمدَّعي الصحَّة منهما.

(قوله: الأَصْلُ: أَنَّ القَوْلَ لِمُدَّعِي الصِّحَّةِ فِي العُقُودِ) قيَّده في «الذَّخيرة»: بما إذا اتَّحدَ العقدُ، أمَّا لو اختلفَ العقدُ؛ فالقولُ لربِّ المال، إلا إذا اتَّفقا على ما يكفي لصحَّة المضاربة، وادَّعى ربُّ المال شرطَ الزِّيادة ليُوجبَ فسادَ العقد، فلا يُقبلُ[3]. وبيانُه: أنَّه لو ادَّعى المضاربُ اشتراطَ ثُلُث الرِّبح، وادَّعى ربُّ المال استثناءَ عشرةٍ منه؛ فالقولُ لربِّ المال؛ لأنَّ المضاربَ يدَّعي صحَّةَ المضاربة، وربُّ المال يدَّعي الإجارةَ الفاسدةَ، وهما مُختلفانِ، فصارَ كما لو أقرَّ بالإجارة الفاسدة وادَّعى الآخرُ الشِّراءَ الصَّحيحَ منه؛ كان القولُ لربِّ

(١) «تحفة الفقهاء»: ٣/ ٢١.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٣١٢.

(٣) «الذخيرة البرهانية»: ١١/ ٣٧٦.

لربِّ المال. ولو فيه فَسادُها؛ لأنَّه يُنكرُ زيادةً يَدَّعيها المضارِبُ. «خانيَّة»[1].

المال؛ لاختلاف العقدَيْن. أمَّا لو ادَّعى المضاربُ أنَّ المشروطَ ثُلُثُ الرِّبح، وادَّعى ربُّ المال الثُّلُثَ وعشرةَ دراهمَ؛ كان القولُ للمضارب؛ لأنَّه يدَّعي شرطاً زائداً يوجبُ فسادَ العقد، فلا يُقبلُ قولُه، كما في البيع إذا اتَّفقا عليه وادَّعى أحدُهما أجلاً مجهولاً يوجبُ فسادَ العقد وأنكرَ الآخرُ، بخلاف قوله: "اشترطتُ لك ثُلُثَ الرِّبح إلا عشرةً"؛ لأنَّ هناك اتَّفَقا على ما يكفي لصحَّة العقد؛ لأنَّ الكلامَ المقرونَ بالاستثناء تكلُّمٌ بما وراء المستثنى، وذلك مجهولٌ يمنعُ صحَّةَ العقد.

(قوله: وَلَوْ فِيهِ فَسَادُهَا) لأنَّه يمكن أن لا يَظهرَ ربحٌ إلا العشرة، فاستثناؤها مؤدٍّ إلى قطعِ الشَّركة في الرِّبح.

(قوله: إِلَّا إِذَا قَالَ رَبُّ المَالِ: "شَرَطْتُ لَكَ ثُلُثَ الرِّبْحِ") قيل عليه: لا يظهرُ استثناءُ هذا الفرع من القاعدة؛ لأنَّ ربَّ المال يدَّعي الفسادَ والمضاربُ الصحَّةَ، والقولُ لمدَّعيها، فهو داخلٌ تحت القاعدة كما لا يخفى. أقول: ليست القاعدةُ على إطلاقها، بل هي مقيَّدةٌ بما إذا لم يدفعْ مدَّعي الفساد بدعوى الفساد استحقاقَ مالٍ على نفسه كما هنا، فحينئذٍ يكون القولُ قولَه كما قدَّمْناه عن «الذَّخيرة»، وحينئذٍ لا صحَّةَ لقول المصنِّف: (فالقولُ للمضارب)، والصَّوابُ: فالقولُ لربِّ المال؛ لأنَّه المدَّعيَ للفساد ليدفعَ بدعواه الفساد استحقاقَ مالٍ عن نفسه، وحينئذٍ يتمُّ الاستثناءُ، ولا وجهَ لما قيل: إنَّ القولَ في هذه الصُّورة قولُ مدَّعي الصحَّة حيث كانت القاعدةُ مقيَّدةً بما ذكرناه. اهـ كلامُ الحمويِّ[2].

فلما كان في كلام «الأشباه» ما يَقتضي عدمَ صحَّة الاستثناء على ما ذكره المصنِّفُ

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٨.

(٢) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٨٣. المحشِّي هنا غيَّر ترتيب المقولات، فقولُه: (ولو فيه فسادها) بعد قوله: (إلا إذا قال).

وما في «الأشباه» فيه اشتباهٌ. فافهمْ.

موافقـًا لِمَا في «الخانيَّة» و«الذَّخيرة البرهانيَّة» في الفصل الرَّابع عشر منها من المضاربة، ومخالفـًا للصواب حيث قال: "فالقولُ للمضارب"، والصَّوابُ: فالقولُ لربِّ المال على ما ذكره الحمويُّ مُستنداً لعبارة «الذَّخيرة» التي نقله عنها؛ قال الشَّارحُ: (وما في الأشباه فيه اشتباهٌ)، فليُحرَّر ما يكشفُ ذلك الاشتباهَ. والذي نقله الحمويُّ عن «الذَّخيرة» هو ما ذكره في البيوع في الفصل العاشر، وهو أنَّ ما ذكرَ في عبارته ـ كما نقله عنه ـ ما إذا قال المضاربُ لربِّ المال: "شرطتَ لي نصفَ الرِّبح إلا عشرةً"، وربُّ المال يدَّعي جوازَ المضاربة بأن قال: شرطتُ لك نصفَ الرِّبح، وقد صرَّحَ صاحبُ «الذَّخيرة» في كتاب المضاربة بأنه لو قال المضاربُ: "شرطتَ لي نصفَ الرِّبح وزيادةَ عشرةٍ" أنَّ القولَ فيه للمضارب، وعلَّلَه بأنَّ ربَّ المال يدَّعي شرطـًا زائداً يوجبُ فسادَ العقد، فلا يُقبلُ[1] كما تقدَّم في عبارته، فلا يتمُّ ما قاله المحشِّي الحمويُّ لمجرَّد تعليل صاحب «الذَّخيرة» مع نصِّه أنَّ الحكمَ خلافُ ذلك، ولا سيَّما أنَّ ما ذكره الفقيهُ في غير بابه، فالحقُّ ما جرى عليه في «المنح». تأمَّل.

(قوله: وَمَا فِي «الأَشْبَاهِ») من قوله: القولُ قولُ مدَّعي الصحَّة، إلا إذا قال ربُّ المال: "شرطتُ لك الثُّلثَ وزيادةَ عشرةٍ"، وقال المضاربُ: "الثُّلثَ"؛ فالقولُ للمضارب كما في «الذَّخيرة». اهـ[2].

(قوله: فِيهِ اشْتِبَاهٌ) فإنَّه ظنَّ أنَّ الفرعَ خارجٌ عن القاعدة مع أنَّه داخلٌ فيها؛ لأنَّا جعلْنا

(١) «الذخيرة البرهانية»: ١١/ ٣٧٥.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٣.

القولَ فيه لمدَّعِي الصحَّة، وهو المضاربُ المدَّعي وقوعَها بالثُّلث، فلا يصحُّ قولُه: (إلا إذا قال ربُّ المال... إلخ). كذا في «المنح». وذكر نحوَه ابنُه الشيخُ صالح في «حاشيته عليها». وحينئذٍ فلا وجهَ لِمَا ذكره الحمويُّ في حلِّ هذه العبارة، ونصُّه: قولُه ـ أي: صاحب «الأشباه» ـ: القولُ لمدَّعي الصحَّة، ليس هذا على إطلاقه، بل هو مُقيَّدٌ بما إذا لم يدفعْ مدَّعي الفساد بدعوى الفساد استحقاقَ مالٍ عن نفسه، كما إذا ادَّعى المضاربُ فسادَ العقد بأن قال لربِّ[1] المال: "شرطتَ لي الرِّبحَ إلا عشرةً"، وربُّ المال يدَّعي جوازَ المضاربة بأن قال: "شرطتُ لك نصفَ الرِّبح"؛ فالقولُ قولُ ربِّ المال؛ لأنَّ المضاربَ بدعوى الفساد لا يدفعُ استحقاقاً عن نفسه؛ لأنَّ المستحَقَّ على المضارب منافعُه، والمستحَقَّ له على ربِّ المال جزءٌ من الرِّبح، وإنَّه عينُ المال، والمالُ خيرٌ من المنفعة، والاستحقاقُ بعِوَضٍ هو خيرٌ كالاستحقاق[2]، فلم يكن المضاربُ بدعوى الفسادِ دافعاً عن نفسه استحقاقاً، فلا يُقبلُ قولُه. وربُّ المال إذا ادَّعى فسادَ المضاربة بأن قال للمضارب: شرطتُ لك نصفَ الرِّبح إلا عشرةً، والمضاربُ ادَّعى جوازَ المضاربة بأن قال: "شرطتَ لي نصفَ الرِّبح"؛ فالقولُ لربِّ المال؛ لأنَّه بدعوى الفساد يدفعُ عن نفسه استحقاقَ مالٍ؛ لأنَّ ما يستحقُّ لربِّ المال منفعةُ المضارب، وما يستحقُّ على ربِّ المال عينُ مالٍ، وهو خيرٌ من الرِّبح، والعينُ خيرٌ من المنفعة، وإن كان كذلك كان ربُّ المال بدعوى الفساد دافعاً عن نفسه استحقاقَ زيادة المال، فكان القولُ قولَه. كذا في «الذَّخيرة»[3].

(١) في بولاق: (رب) بدون لام، والتصويب من الحموي.

(٢) في الحموي: (فلا استحقاق)، وهو الأصوب.

(٣) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٨٢- ٨٣.

(وَيَمْلِكُ المُضَارِبُ فِي المُطْلَقَةِ) التي لم تُقيَّدْ بمكانٍ أو زمانٍ أو نوعٍ (البَيْعَ) ولو فاسداً

(قوله: فِي المُطْلَقَةِ) بسكون الطاء المهملة، كأن يقول: "دفعتُ إليك هذا المالَ مضاربةً"، ولم يَزِدْ عليه.

(قوله: الَّتِي لَمْ تُقَيَّدْ بِمَكَانٍ) أمَّا لو قيَّده في البلد؛ فليس له أن يُسافرَ عنها، كما لو قيَّده ببلدةٍ أخرى، فيتعيَّنُ السفرُ ولا يبيعُ في بلده؛ للزوم القيد. وكلامُ المؤلِّف على حذف "أي" التَّفسيريَّة، فهو بيانٌ للمطلقة.

(قوله: أَوْ زَمَانٍ) فلو قيَّدَ بالشِّتاء؛ فليس له أن يبيعَ بالصَّيف كعكسه.

(قوله: أَوْ نَوْعٍ) فلو قيَّد بالبُرِّ ليس له أن يتَّجرَ في الرَّقيق مثلاً، وينبغي أن يزادَ: أو شخصٍ من المعاملين بعينه كما سيذكرُه، فإنَّها حينئذٍ من المقيَّدة كما حقَّقَه قاضي زاده[1]. ثمَّ لا يجوز للمضارب أن يعملَ في غير ذلك المقيَّد. شِلْبي[2].

(قوله: البَيْعَ) قال الشِّهابُ الشِّلبيُّ في شرحه: اشترى المضاربُ أو باعَ بما لا يتغابنُ النَّاسُ فيه؛ يكون مخالفاً، قال له ربُّ المال: "اعملْ برأيكَ" أو لا؛ لأنَّ الغبنَ الفاحشَ تبرُّعٌ، وهو مأمورٌ بالتِّجارة لا بالتَّبرُّع. ولو باعَ مالَ المضاربة بما لا يتغابنُ فيه، أو بأجلٍ غير متعارفٍ؛ جازَ عند الإمام، خلافاً لهما كالوكيل بالبيع. اهـ. وإنَّما يبيعُ ويَشتري من غير أصوله وفروعه. كذا في سري الدِّين عن «الولوالجيَّة». ط[3].

(قوله: وَلَوْ فَاسِداً) لأنَّ المبيعَ فيه يُملكُ بالقبض، فيحصلُ الرِّبحُ بعقد المعاوضة، وهو

---

(١) «نتائج الأفكار»: ٨/ ٤٥٣ (تكملة فتح القدير).

(٢) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٧.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٤.

(بِنَقْدٍ، وَنَسِيئَةٍ مُتَعَارَفَةٍ، ....

صنيعُ التُّجَّار، بخلاف الباطل كما في «الأشباه»[1]. وليس المرادُ منه: أنَّه يجوزُ له مباشرتُه لحُرْمته، بل المرادُ: أنَّه لا يكون به مخالفاً، فلا يكون غاصباً، فلا يخرجُ المالُ عن كونه في يده أمانةً. أبو السُّعود[2].

(قوله: وَنَسِيئَةٍ) النَّسيئةُ بالهمز والنَّساءُ بالمد: التَّأخيرُ، ولو اختلَفا في النَّقد والنَّسيئة؛ فالقولُ للمضارب في المضاربة، وللموكِّلِ في الوكالة كما مرَّ متناً في الوكالة.

(قوله: مُتَعَارَفَةٍ) احترزَ به عمَّا إذا باعَ إلى أجلٍ طويلٍ. زيلعي[3]. أي: كسنتين في عُرفنا، أو أجلٍ لم يُعهدْ عند التُّجَّار كعشرين سنةً كما في «الدُّرَر»[4]. وإنَّما جازَ له النَّسيئةُ؛ لأنَّه عسى لا يحصلُ له الرِّبحُ إلا بالنَّسيئة، حتَّى لو شرطَ عليه البيعُ بالنَّقد؛ لا يجوزُ له أن يبيعَ بنسيئةٍ، وفي شرط النَّسيئة يجوز له أن يبيعَ بالنَّقد. وفي «الهنديَّة» عن «المبسوط»: قالوا: وهذا إذا باعَه بالنَّقد بمثل قيمته أو أكثرَ، أو بمثل ما سمِّي له من الثَّمن، فإن كان بدون ذلك؛ فهو مخالفٌ[5]. ولو قال: لا تَبِعْه بأكثرَ من ألفٍ، فباع بأكثرَ؛ جاز؛ لأنَّه خيرٌ لصاحبه. كذا في «الحاوي». لو كانت المضاربةُ مطلقةً، فخصَّها ربُّ المال بعد عقد المضاربة، نحوُ أن قال له: "لا تبعْ بالنَّسيئة"، أو "لا تشترِ دقيقاً ولا طعاماً"، أو "لا تشترِ من فلانٍ"، أو "لا تُسافرْ"، فإن كان التَّخصيصُ قبل أن يعملَ المضاربُ أو بعدما عملَ، فاشترى وباعَ وقبضَ الثَّمنَ،

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٣.

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ١٩١.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٧.

(٤) «درر الحكام»: ٢/ ٣١٢.

(٥) «المبسوط» للسرخسي: ٢٢/ ٤٤.

وَالشِّرَاءَ، وَالتَّوْكِيلَ بِهِمَا، وَالسَّفَرَ بَرّاً وَبَحْراً) ....

وصارَ المالُ ناضّـاً؛ جاز تخصيصُه، وإن كان التَّخصيصُ بعدما عَمِلَ وصار المالُ عَرْضـاً؛ لا يصحُّ. وكذا لو نهاهُ عن السَّفَر، فعلى الرِّواية التي يملكُ السَّفرَ في المضاربة المطلقة إن كان المالُ عرضـاً لا يصحُّ نهيُه. كذا في «فتاوى قاضيخان»[1]. فإذا اشترى ببعض المال شيئـاً، ثمَّ قال: "لا تعملْ به إلا في الحنطة"؛ لم يكن له أن يَشتريَ بالباقي إلا الحنطةَ، فإذا باعَ ذلك الشَّيءَ وصارَ نقداً؛ لم يَشترْ به إلا الحنطةَ. كذا في «الحاوي». انتهى[2].

(قوله: وَالشِّرَاءَ) أي: نقداً أو نسيئةً بغبنٍ يسيرٍ، فلو اشترى بغبنٍ فاحشٍ؛ فمخالفٌ وإن قال له: اعملْ برأيك كما في «الذَّخيرة». والإطلاقُ مُشعرٌ بجواز تجارته مع كلِّ أحدٍ، لكن في «النظم»: إنَّه لا يتَّجرُ مع امرأته وولده الكبير العاقلِ ووالدَيْه عنده، خلافـاً لهما، ولا يشتري من عبده المأذون، وقيل: من مكاتبه بالاتِّفاق. قهستاني[3].

(قوله: وَالتَّوْكِيلَ) لأنَّه دون المضاربة وجزءٌ منها، فالمضاربةُ تتضمَّنُ الإذنَ به.

(قوله: بِهِمَا) أي: بالبيع والشِّراء.

(قوله: وَالسَّفَرَ بَرّاً وَبَحْراً) إلا أن ينهاهُ عنه نصّـاً مطلقـاً على الأصحِّ كما في «الظهيريَّة». وفي «الخانية»: له أن يُسافرَ برّاً وبحراً في ظاهر الرِّواية في قول أبي حنيفةَ ومحمدٍ، هو الصَّحيحُ. وعن أبي حنيفةَ: إنَّه لا يُسافرُ، وهو قول أبي يوسفَ[4] كما في المقدسيِّ. وفي

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١١.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٢٩٨- ٢٩٩.

(٣) «جامع الرموز»: ص٥٠٣.

(٤) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١١.

ولو دفعَ له المالَ في بلدِه على الظَّاهر، (وَالإِبْضَاعَ) أي: دفعَ المال بِضاعةً (وَلَوْ لِرَبِّ المَالِ، وَلَا تَفْسُدُ بِهِ) المضاربةُ ....

القهستانيِّ: ولا يُسافرُ سفراً مَخُوفاً يتحابى عنه النَّاسُ في قولهم[1]. قال الرَّحمتيُّ: وله السَّفرُ برّاً وبحراً، أي: في وقتٍ لا يغلبُ فيه الهلاكُ، وفي مكانٍ كذلكَ.

(قوله: وَلَوْ دَفَعَ لَهُ المَالَ فِي بَلَدِهِ عَلَى الظَّاهِرِ) وعن أبي يوسفَ عن الإمام: إنَّه إن دفعَ إليه المالَ في بلده؛ ليس له أن يُسافرَ به، وإن دفع إليه في غُربةٍ؛ كان له أن يُسافرَ به إلى بلده؛ لأنَّ الظَّاهرَ: أنَّ صاحبَه رَضيَ به؛ إذ الإنسانُ لا يقيمُ في دار الغربة دائماً غالباً، فإعطاؤه المالَ في هذه الحالة ثمَّ عِلمُه بحاله يدلُّ على رضاه به. وجهُ الظَّاهر: أنَّ المضاربةَ مشتقَّةٌ من الضَّرْب في الأرض، فيملِكُه بمطلق العقد؛ إذ اللَّفظُ دالٌّ عليه، ولا نُسلِّمُ أنَّه تعريضٌ على الهلاك؛ لأنَّ الظَّاهرَ فيه السَّلامةُ، ولا مُعتبرَ بالموهوم كما في الزَّيلعيِّ[2].

(قوله: وَلَوْ لِرَبِّ المَالِ) أراد بالإبضاعَ له استعانةً، فيكون ما اشتراهُ وما باعَه على المضاربة، لا ما هو المتعارفُ من أن يكون المالُ للمبضع والعملُ من الآخر كما في البرجنديِّ.

(قوله: وَلَا تَفْسُدُ بِهِ المُضَارَبَةُ) لأنَّ حقَّ التَّصرُّف للمضارب، فيصلحُ أن يكون ربُّ المال وكيلاً عنه في التَّصرُّف، خلافاً لزُفَر؛ لأنَّ ربَّ المال عنده حينئذٍ متصرِّفٌ لنفسه، وهو لا يصلحُ أن يكون وكيلاً فيه، فيكون مُستردّاً. وقولُ العينيِّ: ويكون الرِّبحُ للعامل[3] صوابُه: ولا يكون، أو يُحملُ العاملُ على المضارب الذي وجدَ منه الإبضاعُ وإن لم يعملْ

---

(١) «جامع الرموز»: ص٥٠٣ عن قاضيخان.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٧- ٥٨.

(٣) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧١.

كما يجيءُ (وَ) يملكُ (الإِيدَاعَ، وَالرَّهْنَ، وَالارْتِهَانَ، ....

بالفعل. كذا ذكره الشيخُ شاهين. وليس المرادُ بالرِّبح الذي يكون للمضارب في كلام الشَّيخ شاهين دون ربِّ المال إذا دفعَ إليه المالَ بضاعةً: أصلَ الرِّبح، بل ما يخصُّه منه. فتنبَّهْ. أبو السُّعود[1].

(قوله: كَمَا يَجِيءُ) أي: في أوَّل المتفرِّقات.

(قوله: وَالرَّهْنَ وَالارْتِهَانَ) قال في «البحر»: وله أن يرهنَ ويرتهنَ بها، ولو أخذَ نخلاً أو شجراً معاملةً على أن يُنفقَ في تلقيحها وتأبيرها من المال؛ لم يجزْ عليها وإن قال له: "اعملْ برأيك". فإن رهنَ شيئاً من المضاربة؛ ضَمِنَه، ولو أَخَّرَ الثَّمنَ؛ جازَ على رب المال ولا يضمنُ، بخلاف الوكيل الخاصِّ لو حَطَّ بعضَ الثَّمن: إنْ لعيبٍ طعنَ المشتري فيه، وما حطَّ حصَّتُه أو أكثرُ يسيراً جازَ، وإن كان لا يتغابنُ النَّاسُ في الزِّيادة؛ يصحُّ ويضمنُ ذلك من ماله لربِّ المال، وكان رأسُ المال ما بقيَ على المشتري. ويحرمُ عليه وطءُ الجارية ولو بإذن ربِّ المال، ولو تزوَّجَها بتزويجِ ربِّ المال؛ جازَ إن لم يكن في المال رِبحٌ، وخرجتِ الجاريةُ عن المضاربة، وإن كان فيه رِبحٌ؛ لا يجوزُ. وليس له أن يعملَ ما فيه ضررٌ، ولا ما لا يعمَلُه التُّجَّارُ، وليس لأحدِ المضاربين أن يَبيعَ أو يشتريَ بغير إذن صاحبه. ولو اشترى بما لا يتغابنُ النَّاسُ في مثله يكون مخالفاً وإن قيل له: "اعملْ برأيك"، ولو باع بهذه الصِّفةِ؛ جاز خلافاً لهما، كالوكيل بالبيع المطلق. وإذا اشترى بأكثرَ من المال؛ كانت الزِّيادةُ له، ولا يضمنُ بهذا الخلط الحكميِّ، ولو كان المالُ دراهمَ، فاشترى بغير الأثمان؛ كان لنفسه، وبالدَّنانير للمضاربة؛ لأنَّهما جنسٌ هنا. انتهى[2].

---

(١) «فتح المعين»: ٣/ ١٩١.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٥.

وَالإِجَارَةَ، وَالاسْتِئْجَارَ) فلو استأجرَ أرضاً بيضاءَ ليزرَعَها أو يغرِسَها جازَ. «ظهيريَّة».
(وَالاحْتِيَالَ) أي: قبولَ الحوالة (بِالثَّمَنِ مُطْلَقاً) على الأيسر والأعسر؛ لأنَّ كلَّ ذلك من صَنيع التُّجَّار. (لَا) يَملكُ (المُضَارَبَةَ) ....

(قوله: وَالاسْتِئْجَارَ) أي: استئجارَ العمَّال للأعمال، والمنازِلِ لحفظ الأموال، والسُّفنِ والدَّوابِّ كما في «الخانيَّة»[1]. والإيجارُ كذلك. عبدُ الحليم.

(قوله: فَلَوِ اسْتَأْجَرَ... إلخ) كان هذا في عُرفهم أنَّه من صنيع التُّجَّار، وفي عرفنا ليس هو من صنيعهم، فينبغي أن لا يملِكَه.

(قوله: أَيْ: قَبُولَ الحَوَالَةِ) هذا ليس معنى الاحتيال؛ لأنَّ الاحتيالَ كونُه محتالاً، وذلك برضى المحيل والمحال عليه والمحال، وإنَّما اقتصرَ عليه؛ لأنَّه المقصودُ هنا. ط[2].

(قوله: مِنْ صَنِيعِ التُّجَّارِ) أي: عملهم، وفي بعض النسخ: (صناع) جمع صنعةٍ بمعنى: مصنوعة.

(قوله: لا يَمْلِكُ المُضَارَبَةِ) هذا إذا كانتِ المضاربتان صحيحتين، أمَّا إذا كان إحداهما فاسدةً أو كلتاهما؛ فلا يمنعُ منه المضاربُ. قاله سريُّ الدِّين. وهذا أيضاً إذا كانت مع غير ربِّ المال، أمَّا إذا كانت معه؛ فهي صحيحةٌ كما تقدَّم عن الإسبيجابيِّ. قال الصَّدرُ الشَّهيدُ: التَّصرُّفاتُ في المضاربة ثلاثةُ أقسامٍ: قسمٌ هو من باب المضاربة وتوابعها، فيملِكُها بمطلق الإيجاب، وهو الإيداعُ والإبضاعُ والإجارةُ والاستئجارُ والرَّهنُ والارتهانُ وما أشبهَ ذلك. وقسمٌ آخرُ ليس من المضاربة المطلقة، لكنَّه يحتملُ أن يُلحقَ بها عند وجود الدِّلالة، وهو إثباتُ الشِّركة في المضاربة، بأن يدفعَ إلى غيره مضاربةً، أو يَخلطَ مالَ المضاربة بماله

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٠.
(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٤.

والشِّركةَ، والخلطَ بمال نفسه ....

أو بمال غيره، فإنَّه لا يملكُ هذا بمطلق المضاربة؛ لأنَّ ربَّ المال لم يَرْضَ بشِرْكة غيره، وهو أمرٌ زائدٌ على ما تقومُ به التِّجارةُ، فلا يتناولُه مطلقُ عقد المضاربة، لكن يحتملُ أن يلحَقَها بالتَّعميم. وقسمٌ لا يمكن أن يلحقَ بها، وهو الإقراضُ والاستدانةُ على المال؛ لأنَّ الإقراضَ ليس بتجارةٍ، وكذا الاستدانةُ على المال، بل تصرُّفٌ بغير رأس المال، والتَّوكيلُ مقيَّدٌ برأس المال. انتهى.

(قوله: وَالشِّرْكَةَ) لأنَّها فوقها.

(قوله: وَالخَلْطَ بِمَالِ نَفْسِهِ) وكذا بمال غيره كما في «البحر»[1]. أي: لأنَّه شركةٌ، إلا أن تكون معاملةُ التُّجَّار في تلك البلد أنَّ المضاربينَ يخلطونَ ولا ينهونهم، فإن غلبَ التَّعارفُ في مثله؛ وجب أن لا يَضمنَ كما في «التَّاترخانيَّة». وفيها من الثَّاني عشر: دفعَ إلى رجل ألفًا بالنِّصف، ثمَّ ألفًا أخرى كذلكَ، فخلطَ المضاربُ المالَيْن؛ فهو على ثلاثةِ أوجهٍ: إمَّا أن قال المضاربُ في كلٍّ من المضاربتين: "اعملْ برأيكَ"، أو لم يقل فيهما، أو قال في إحداهما فقط. وعلى كلٍّ فإمَّا أن يكون قبل الرِّبح في المالين، أو بعده فيهما، أو في أحدهما. ففي الوجه الأوَّل لا يضمنُ مطلقًا. وفي الثَّاني إن خَلطَ قبل الرِّبح فيهما؛ فلا ضمانَ أيضًا، وإن بعدَه فيهما؛ ضمنَ المالَيْن وحصَّةَ ربِّ المال من الرِّبح قبل الخلط، وإن بعد الرِّبح في أحدهما فقط؛ ضمنَ الذي لا رِبحَ فيه. وفي الثَّالث: إمَّا أن يكون قولُه: "اعملْ برأيك" في الأولى أو يكون في الثَّانية، وكلٌّ على أربعةِ أوجهٍ: إمَّا أن يخلِطَهما قبل الرِّبح فيهما، أو بعده في الأولى فقط، أو بعده في الثَّانية فقط، أو بعده فيهما، قبل الرِّبح فيهما، أو بعده في الثَّانية. فإن قال في الأولى؛ لا يضمنُ الأوَّلَ ولا الثَّاني فيما لو خلطَ

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٤.

(إِلَّا بِإِذْنٍ أَوِ "اعْمَلْ بِرَأْيِكَ") إذ الشَّيءُ لا يتضمَّنُ مِثلَه ....

قبل الرِّبح فيهما. اهـ. قال في «مشتمل الأحكام»: وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا دفعَ إلى رجلٍ دراهمَ مضاربةً ولم يقل: "اعملْ في ذلك برأيكَ"، والحالُ أنَّ معاملةَ التُّجَّار في تلك البلدة يخلطونَ الأموالَ وأربابُ الأموال لا ينهونهم عن ذلك، وقد غلبَ التَّعارفُ في مثل هذا؛ رجوتُ أن لا يَضمنَ، ويكون الأمرُ محمولاً على ما تَعارَفوا.

(قوله: إِلَّا بِإِذْنٍ أَوِ "اعْمَلْ بِرَأْيِكَ") وفي المقدسيِّ: ومما تفارِقُ المضاربةُ فيه الوكالةَ: لو قال: "اعملْ برأيكَ"؛ فللمضارب أن يُضاربَ ويقول للثَّاني: "اعملْ برأيكَ"، ويكون للثَّاني أن يُضاربَ، بخلاف الوكيل الثَّاني. ومنها: لو رامَ ردَّ عبدٍ بعيبٍ، فنكلَ عن اليمين أنَّه ما رضيَ به؛ بقيَ العبدُ على المضاربة، بخلاف الوكيل. وفي «الأشباه»: إذا قال له: "اعملْ برأيكَ"، ثمَّ قال له: "لا تعمل برأيكَ"؛ صحَّ نهيُه، إلا إذا كان بعد العمل. اهـ[1].

(قوله: إِذِ الشَّيْءُ لا يَتَضَمَّنُ مِثْلَهُ) هذا إنَّما يظهرُ علَّةً لنفي المضاربة، لا لنفي الشِّركة منه والخلط، فالأَوْلى أن يقول: ولا أعلى منه؛ لأنَّ الشِّركةَ والخلطَ أعلى من المضاربة؛ لأنَّها شركةٌ في أصل المال. وأوردَ على قولهم: إذ الشَّيءُ لا يتضمَّنُ مثلَه: المأذونُ، فإنَّه يأذنُ لعبده، والمكاتبُ له أن يُكاتبَ، والمستأجِرُ له أن يُؤجرَ، والمستعيرُ له أن يُعيرَ ما لم يختلفْ بالاستعمال. وأجيبَ: بأنَّ هؤلاء يتصرَّفون بطريق الملكيَّة لا النِّيابة، والكلامُ في الثَّاني. أمَّا المأذونُ؛ فلأنَّ الإذنَ فكُّ الحجر، ثمَّ بعد ذلك يتصرَّفُ العبدُ بحكم المالكيَّة الأصليَّة، والمكاتبُ صارَ حرّاً يداً، والمستأجِرُ والمستعيرُ مَلَكا المنفعةَ، والمضاربُ يعملُ بطريق النِّيابة، فلا بُدَّ من التَّنصيص عليه أو التَّفويض المطلق إليه. ط بزيادةٍ من «الكفاية»[2].

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٣.

(٢) «الكفاية»: ٦/ ٢١١، «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٤.

(وَ) لا (الإِقْرَاضَ وَالاسْتِدَانَةَ وَإِنْ قِيلَ لَهُ ذَلِكَ) ....

(قوله: وَلَا الإِقْرَاضَ وَالاسْتِدَانَةَ) قال في «شرح الأقطع»: لا يجوز للمضارب أن يَستدينَ على المضاربة، وإن فعلَ ذلك؛ لم يجزْ على ربِّ المال، ألا ترى أنَّه إذا اشترى برأس المال، فهلكَ قبل التَّسليم؛ يرجعُ المضاربُ عليه بمثله، وإذا كان كذلكَ؛ فربُّ المال لم يَرْضَ أن يضمنَ إلا مقدارَ رأس المال، فلو جوَّزْنا الاستدانةَ؛ لَزِمَه ضمانُ ما لم يرضَ به، وذلك لا يصحُّ، وإذا لم يصحَّ استدانتُه على ربِّ المال؛ لزمَه العينُ[1] خاصَّةً، وقد قالوا: ليس للمضارب أن يأخذَ سُفْتَجةً؛ لأنَّ ذلك استدانةٌ، وهو لا يملكُ الاستدانةَ، وكذا لا يُعطي سفتجةً؛ لأنَّ ذلك قرضٌ، وهو لا يملكُ القرضَ ولو قال له: اعملْ برأيك. انتهى. ط عن الشِّلبيِّ مختصراً[2]. وإذا لم تصحَّ الاستدانةُ؛ لزمَ الدَّينُ خاصَّةً.

وأطلقَ الاستدانةَ، فشملَ الاستدانةَ على مال المضاربة، والاستدانةَ على إصلاح مال المضاربة، كالاستئجار على حملِه أو على قِصارته، وهو متطوِّعٌ في ذلك. وفي القُهُستانيِّ عن «شرح الطَّحاويِّ»: صورَتُها: كما إذا اشترى سلعةً بثمن دينٍ، وليس عنده من مال المضاربة شيءٌ من جنس ذلك الثَّمن، فلو كان عنده من جنسه؛ كان شراءً على المضاربة ولم يكن من الاستدانة في شيءٍ[3]. والظَّاهرُ: أنَّ ما عنده إذا لم يوفِ؛ فما زادَ عليه استدانةٌ. وقدَّمْنا عن «البحر»: إذا اشترى بأكثرَ من المال كانت الزِّيادةُ له، ولا يضمنُ بهذا الخلط الحكمَيْن. وفي «البدائع»: كما لا تجوز الاستدانةُ على مال المضاربة؛ لا تجوزُ على إصلاحه، فلو اشترى بجميعِ مالها ثياباً، ثمَّ استأجَرَ على حملها أو قصرِها أو فتلِها؛

(١) في الشلبي: (الدين).

(٢) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٨، «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٤- ٣٦٥.

(٣) «جامع الرموز»: ص٥٠٣.

أي: "اعملْ برأيك"؛ لأنَّهما ليسا من صنيع التُّجَّار، فلم يَدخُلا في التَّعميم (مَا لَمْ يَنُصَّ) المالكُ (عَلَيْهِمَا) فيملِكُهما، وإن استدانَ؛ كانتْ شِركةَ وجوهٍ، ....

كان متطوِّعاً عاقداً لنفسه[1]. ط عن الشِّلبيِّ[2]. وهذا ما ذكره المصنِّفُ بقوله: (فلو شرى بمال المضاربة ثوباً... إلخ)، فأشارَ بالتَّفريع إلى الحكمين.

(قوله: أَي: "اعْمَلْ بِرَأْيِكَ") أشار إلى أنَّ اسمَ الإشارة راجعٌ له خاصَّةً، لا له وللإذن، فإنَّ بالإذن الصَّريح يملكُ ذلك كما سيقولُ ما لم ينصَّ عليهما.

(قوله: مَا لَمْ يَنُصَّ المَالِكُ عَلَيْهِمَا) قال في «البزَّازيَّة»: وكذا الأخذُ بالشُّفعة لا يملكُه إلا بالنصِّ[3]، ويملك البيعَ الفاسدَ لا الباطلَ. نقلَه في «الأشباه»[4].

(قوله: وَإِذَا اسْتَدَانَ كَانَتْ شِرْكَةً... إلخ) أي: استدانَ بالإذن، وما اشترى بينهما نصفانِ، وكذا الدَّينُ عليهما، ولا يتغيَّرُ موجَبُ المضاربة، فربحُ مالهما على ما شرطَ. قهستاني[5].

أقول: وشركةُ الوجوه: هي أن يتَّفِقا على الشِّراء نسيئةً وبكون المشترى عليهما أثلاثاً أو أنصافاً، والرِّبحُ يتبعُ هذا الشَّرطَ، ولو جَعَلاه مخالفاً ولم يوجدْ ما ذُكرَ؛ فيظهرُ لي أن يكون المشترى بالدَّين للآمر لو المشترى معيَّناً، أو مجهولاً جهالةَ نوعٍ وسمِّي ثمنُه، أو جهالةَ جنسٍ وقد قيل له: "اشترِ ما تختارُه"، وإلا فللمشتري كما تقدَّم في الوكالة. لكنَّ ظاهرَ المتون: أنَّه لربِّ المال، وربحُه على حسب الشَّرط، ويُغتفرُ في الضِّمنيِّ ما لا

(١) «بدائع الصنائع»: ٦/ ٩١.

(٢) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٧١، «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٥.

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٢٨.

(٤) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٣.

(٥) «جامع الرموز»: ص٥٠٣.

وحينئذٍ (فَلَوِ اشْتَرَى بِمَالِ الْمُضَارَبَةِ ثَوْبًا وَقَصَرَ بِالْمَاءِ، أَوْ حَمَلَ) متاعَ المضاربةِ (بِمَالِهِ وَ) قد (قِيلَ لَهُ ذَلِكَ؛ فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ) ....

يُغتفرُ في الصَّريح. وقولُه: (كانت شركةً) أي: بمنزلة شركة الوجوه كما في «الهداية»[1].

وصورةُ الاستدانة: أن يَشتريَ بالدَّراهم شيئًا أو الدَّنانير بعدما اشترى برأس المال سلعةً، أو يَشتريَ بمكيلٍ أو موزونٍ ورأسُ المال في يده دراهمُ أو دنانيرُ؛ لأنَّه اشترى بغير رأس المال، فكان استدانةً، بخلاف ما لو اشترى بدنانيرَ ورأسُ المال في يده دراهمَ، أو بدراهمَ ورأسُ المال في يده دنانيرَ؛ لأنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ جنسٌ في الثمنيَّة، فلا يكون هذا اشتراءً بدينٍ. كذا في «شرح الوافي».

واستُفيدَ مما ذكره الشَّارحُ: أنَّ شركةَ الوجوه لا يلزمُ فيها الخلوُّ عن المال أصلاً، بل أن يَشتريا بالنَّسيئة سواءٌ كان مع ذلك شراءً بمالٍ كما هنا، أو بالنَّسيئة فقط.

(قوله: وَحِينَئِذٍ) أي: حين لا يملكُ القرضَ والاستدانةَ، وكان الأَوْلى تقديمُه على قوله: (ما لم ينصَّ عليهما).

(قوله: فَلَوِ اشْتَرَى) تفريعٌ على عدم جواز الاستدانة كما ذكرنا.

(قوله: أَوْ حَمَلَ مَتَاعَ الْمُضَارَبَةِ) أي: أعطى أجرةَ الحمَّال من عند نفسه، لا بمالها. كذا في أخي جلبي.

(قوله: بِمَالِهِ) متعلِّقٌ بكلٍّ من (قصر) و(حمل).

(قوله: وَقَدْ قِيلَ لَهُ ذَلِكَ) أي: "اعملْ برأيكَ". «منح».

(قوله: فَهُوَ مُتَطَوِّعٌ) أي: بما زاد، فليس له حصَّتُه من الثَّمن.

(١) «الهداية»: ٣/ ٢٠٨.

لأنَّه لا يملكُ الاستدانةَ بهذه المقالة، وإنَّما قال: "بالماء"؛ لأنَّه لو قصرَ بالنَّشاء؛ فحُكمُه كصبغٍ. (وَإِنْ صَبَغَهُ أَحْمَرَ؛ فَشَرِيكٌ بِمَا زَادَ) الصِّبغُ، ودخلَ في "اعملْ برأيك" كالخلطِ، (وَ) كان (لَهُ حِصَّةُ) قيمةِ (صَبْغِهِ إِنْ بِيعَ، وَحِصَّةُ الثَّوْبِ) أبيضَ ....

(قوله: لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الاسْتِدَانَةَ بِهَذِهِ المَقَالَةِ) وهي "اعملْ برأيك". قلتُ: والمرادُ بالاستدانة نحوُ ما قدَّمْناه عن القهستانيِّ، فهذا يملكُه إذا نصَّ، أمَّا لو استدانَ نقوداً؛ فالظَّاهرُ: أنَّه لا يصحُّ؛ لأنَّه توكيلٌ بالاستقراض، وهو باطلٌ كما مرَّ في الوكالة. وفي «الخانيَّة» من فصل شركة العنان: ولا يملكُ الاستدانةَ على صاحبه، ويرجعُ المقرِضُ عليه لا على صاحبه؛ لأنَّ التَّوكيلَ بالاستدانة توكيلٌ بالاستقراض، وهو باطلٌ؛ لأنَّه التَّوكيل بالتَّكدِّي، إلا أن يقول الوكيلُ للمقرض: "إنَّ فلاناً يَستقرضُ منك كذا"، فحينئذٍ يكونُ على الموكِّل لا الوكيل. انتهى[1]. أي: لأنَّه رسالةٌ لا وكالةٌ كما قدَّمْناه في باب الوكالة، والظَّاهرُ: أنَّ المضاربةَ كذلك كما قلنا. فليُراجعْ.

(قوله: فَشَرِيكٌ بِمَا زَادَ الصِّبْغُ) أي: والنَّشاءُ. والأَوْلى أن يقول: فشريكٌ بقَدْر قيمة الصَّبغ، حتى لو بِيعَ ينقسمُ الثَّمنُ على قيمة الصبغ والثَّوب الأبيض كما يأتي قريباً.

(قوله: كَالخَلْطِ) أي: يصيرُ شريكاً به أيضاً، فلا يضمنُ به؛ لِمَا سلفَ أنَّه يملكُ الخلطَ بالتَّعميم، وفي بعض النسخ: (بالخلط) أي: بسبب خلطِ ماله ـ وهو الصَّبغ أو النَّشاء ـ بمال المضاربة، وكلاهما صحيحٌ.

(قوله: وَكَانَ لَهُ حِصَّةُ قِيمَةِ صِبْغِهِ... إلخ) أي: إذا بِيعَ الثِّيابُ؛ كان حصَّةُ قيمة الصَّبغ في الثَّوب للمضارب، وحصَّةُ الثَّوب الأبيض في مال المضاربة. قاله أبو الطَّيب. أي: فلو

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٦٥٣.

(فِي مَالِهَا) ولو لم يقلْ: "اعملْ برأيك" لم يكن شريكاً، بل غاصباً. وإنَّما قال: "أحمرَ"؛ لِمَا مرَّ: أنَّ السَّوادَ نقصٌ عند الإمام، فلا يدخلُ في "اعملْ برأيكَ". «بحر»[1]. (وَلَا) يملكُ أيضاً (تَجَاوُزَ بَلَدٍ، ....

كان الثَّوبُ على تقدير أنَّه أبيضُ يساوي خمسةً، وعلى تقدير كونه أحمرَ يساوي ستَّةً؛ كان له سُدُسُ الثَّمن، وخمسةُ الأسداس للمضاربة رأسُ المال لصاحبه، والرِّبحُ بينهما على ما شَرَطا.

(قوله: فِي مَالِهَا) أي: مال المضاربة، فيَجريانِ فيه على ما اشترطا في الرِّبح.

(قوله: بَلْ غَاصِبًا) فيخرجُ مالُ المضاربة عن أن يكون أمانةً، فيَضمنُ، ويكون الرِّبحُ له على ما مرَّ. وسيأتي في كتاب الغصب: أنَّه إذا غصبَ ثوباً فصبغَه؛ فالمالكُ بالخيار: إن شاء ضمَّنَه الثَّوبَ أبيضَ، أو أخذَ الثَّوبَ وأعطاه قيمةَ الصَّبغ.

(قوله: نَقْصٌ عِنْدَ الإِمَامِ) وعندهما: كالأحمر، وهو المفتى به. وقد مرَّ أنَّه اختلافُ زمانٍ لا برهانٍ، وفي زماننا لا يعدُّ نقصاً، بل هو من أحسن الألوان، فيدخلُ في: اعملْ برأيك سائرُ الألوان كالحُمْرة.

(قوله: وَلَا يَمْلِكُ أَيْضًا تَجَاوُزَ بَلَدٍ) أشارَ به إلى أنَّه لو عيَّنَ سوقاً من بلد؛ لم يصحَّ التَّعيينُ؛ لأنَّ البلدَ مع تبايُنِ أطرافه كبقعةٍ واحدةٍ، إلا إذا صرَّحَ بنهيِ سوقٍ منه، أو قال: لا تعملْ بغير هذا السُّوق منه، فحينئذٍ يصحُّ كما في «الهداية»[2]. ويأتي قريباً. ثمَّ مجموعُ صُورٍ قيِّدتِ المضاربةُ فيها بالمكان ثمانيةٌ: ستَّةٌ منها يفيدُ التَّقييدُ فيها، واثنتان لا. فالذي

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧١.

(٢) «الهداية»: ٣/ ٢٠٢.

أَوْ سِلْعَةٍ، أَوْ وَقْتٍ، ....

يفيدُ ستَّةٌ، وهي "دفعتُ المالَ إليك مضاربةً بكذا في الكوفة"، أو "على أن تعملَ به فيها"، أو "لتعملَ به فيها"، أو "تعملُ به" رفعاً، أو "خُذْه تعملْ به فيها" جزماً، أو "فاعملْ به فيها". واللّذانِ لا يفيدان، وهما "دفعتُ إليك مضاربةً اعملْ به فيها"، أو "واعملْ به". والأصلُ: أنَّه متى عقَّبَ بما لا يبتدأُ به ويمكن بناؤه على ما قبله؛ يُجعلُ مبنيّاً عليه كما في الألفاظ السِّتَّة، وإن صحَّ الابتداءُ به لا يُبنى على ما قبله، ويجعلُ مبتدأً ومستقلاًّ كما في اللَّفظين الأخيرين، وحينئذٍ تكون الزِّيادةُ شورى، وكان له أن يعملَ بالكوفة وغيرها كما في «الهندية» عن «الكافي»[1]. واعتُرِضَ عليه: أنَّ صورةَ "تعملُ به" بالرَّفع ينبغي أن تكون ممَّا لا يُفيدُ التَّخصيصَ؛ لأنَّ تعملُ كما يحتملُ أن يكون حالاً يحتملُ أن يكون استئنافاً. وأجيبَ عنه في الشُّروح بأجوبةٍ، أحسَنُها: أنَّ قولَه: "اعملْ" بدون الواو استئنافٌ قطعاً، وبالواو استئنافٌ أو عطفٌ، ولا يحتملُ الحالَ؛ لأنَّ الإنشاءَ لا يقع حالاً، صرِّح به في محلِّه، والسُّوق يقتضي كونَ "تعملُ" به حالاً، وهو المتبادرُ، فيحملُ عليه.

(قوله: أَوْ سِلْعَةٍ) بأن قال له: "خُذْ هذا المالَ مضاربةً على أن تَشتريَ به الطَّعامَ مثلاً أو الرَّقيقَ" كما في «المحيط».

(قوله: أَوْ وَقْتٍ) بأن وقَّت للمضاربة وقتاً بعينه، بأن قال له: "اعملْ بالصَّيف، أو الخريف، أو اللَّيل" كما في القُهُستانيِّ[2]. ويمكن أنَّ المرادَ بالوقت أيضاً: توقيتُها بمدَّةِ سنةٍ مثلاً، حتَّى يبطلُ العقدُ بمُضيِّه كما في «الهندية» عن «الكافي»[3].

---

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٢٩٨.

(٢) «جامع الرموز»: ص٥٠٤.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٢٩٨.

أَوْ شَخْصٍ عَيَّنَهُ المَالِكُ) ....

(قوله: **أَوْ شَخْصٍ عَيَّنَهُ المَالِكُ)** بأن قال: "على أن يشتريَ به من فلانٍ ويبيعَ منه"؛ صحَّ التَّقييدُ، وليس أن يَشتريَ ويبيعَ من غيره كما في «الهنديَّة» عن «الكافي»[(١)]؛ لأنَّه لم يملكِ التَّصرُّفَ إلا بتفويضه، فيتقيَّدُ بما فوَّض إليه، وهذا التَّقييدُ مفيدٌ؛ لأنَّ التِّجاراتِ تختلفُ باختلاف الأمكنة والأمتعة والأوقات والأشخاص، وكذا ليس له أن يدفعَه مضاربةً[(٢)] إلى مَنْ يُخرجُه من تلك البلدة؛ لأنَّه لا يمكنُ أن يتصرَّفَ بنفسه في غير هذا البلد، فلا يمكن أن يَستعينَ بغيره أيضًا. «درر»[(٣)].

قال مسكين: لا يتجاوزُ عمَّا عيَّنه من هذه الأشياء، كما لا يتعدَّى أحدُ الشَّريكين في الشِّركة المقيَّدة مع شيءٍ فيها، والمرادُ بالشَّخص: شخصٌ معيَّنٌ؛ لأنَّه لو قال: "على أن تَشتريَ من أهل الكوفة"، أو قال: "على أن تعملَ في الصَّرف وتَشتريَ في الصَّيارفة وتبيعَ منهم"، فباعَ في الكوفة من رجلٍ ليس من أهل الكوفة أو من غير الصَّيارفة؛ جازَ. اهـ[(٤)].

فقولُه: "على أن تشتريَ من أهل الكوفة... إلخ" كذا لو قال: "خُذْ هذا المالَ تعملُ به في الكوفة"؛ لأنَّه تفسيرٌ له، أو قال: فاعملْ به في الكوفة؛ لأنَّ الفاءَ للوصل، أو قال: "خُذْه بالنِّصف بالكوفة"؛ لأنَّ الباءَ للإلصاق، أو قال: "خُذْه مضاربةً بالنِّصف في الكوفة"؛ لأنَّ "في" للظَّرْف، وإنَّما يكون ظرفًا إذا حصلَ الفعلُ فيه، أو قال: "على أن تعملَ بالكوفة"؛ لأنَّ "على" للشَّرْط، فيتقيَّدُ به، بخلافِ ما لو قال: "خُذْ هذا المالَ واعملْ به في الكوفة"، حيث كان له أن يعملَ فيها وفي غيرها؛ لأنَّ الواو للعطف، فيصيرُ بمنزلة المشورة. زيلعي[(٥)].

---

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٢٩٨.

(٢) في هامش بولاق: (قوله: مضاربة، في نسخة: بضاعة. كذا بهامش الأصل).

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٣١٣.

(٤) «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٣٠.

(٥) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٠.

لأنَّ المضاربةَ تقبلُ التَّقييدَ المفيدَ ولو بعد العقد، ....

أقول وهذا معنى التَّخصص. وقولُه: "جازَ"؛ لأنَّ المقصودَ من هذا الكلام: التَّقييدُ بالمكان أو بالنَّوع، حتَّى لا يجوزُ له أن يخرجَ من الكوفة في الأوَّل، ويبيعُ فيها من أهلها أو من غير أهلها، ولا يجوز له أن يعملَ في غير الصَّرف في الثَّاني، ويشتري ويبيعُ من الصَّيارفة وغيرهم؛ لأنَّ التَّقييدَ بالمكان والنَّوع مفيدٌ، ولا يفيدُ التَّقييدُ بأهل الكوفة والصَّيارفة؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما جمعٌ كثيرٌ لا يمكن إحصاؤه. زيلعي[1].

(قوله: لِأَنَّ المُضَارَبَةَ تَقْبَلُ التَّقْيِيدَ المُفِيدَ) أي: كما في الشِّركة. «بحر»[2]. فأفاد أنَّ الشِّركةَ تكون بالأَوْلى في قبول التَّقييد المفيد. وفي «الذَّخيرة»: لو نهاهُ عن التَّصرُّف والمالُ عَرَضٌ، فباعه بعرضٍ آخرَ؛ لا يعملُ نهيُه، فلو باعَ بالدَّراهم يعملُ النَّهيُ. اهـ[3]. قال في «الهنديَّة»: الأصلُ: أنَّ ربَّ المال متى شرطَ على المضارب شرطاً في المضاربة: إن كان شرطاً لربِّ المال فيه فائدةٌ؛ فإنَّه يصحُّ ويجبُ على المضارب مراعاتُه والوفاءُ به، وإذا لم يَفِ به؛ صار مخالفاً وعاملاً بغير أمره، وإن كان شرطاً لا فائدةَ فيه لربِّ المال؛ فإنَّه لا يصحُّ ويُجعلُ كالمسكوت عنه. كذا في «المحيط»[4].

(قوله: وَلَوْ بَعْدَ العَقْدِ) قبل التَّصرُّف في رأس المال، أو بعد التَّصرُّف ثمَّ صار المالُ ناضّاً، فإنَّه يصحُّ تخصيصُه؛ لأنَّه يملكُ عزلَه، فيَملكُ تخصيصَه، والنَّهيُ عن السَّفر يجري على هذا كما في «المنح».

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٠.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٥.

(٣) «الذخيرة البرهانية»: ١١/ ٤١٥.

(٤) «المحيط الرضوي»: ٦/ ١٤٧، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٢٩٧.

ما لم يَصِرِ المالُ عرضاً؛ لأنَّه حينئذٍ لا يملكُ عَزلَه، فلا يملكُ تخصيصَه كما سيجيءُ. قيَّدْنا بالمفيد؛ لأنَّ غيرَ المفيد لا يُعتبرُ أصلاً، كنهيِه عن بيع الحالِّ، وأمَّا المفيدُ في الجملةِ كسُوقٍ من مصرٍ، ....

(قوله: مَا لَمْ يَصِرِ المَالُ عَرْضاً... إلخ) قيل: لعلَّ العلَّةَ في ذلك: ظهورُ كون ما اشترى من البضاعة يروجُ كمالَ الرَّواج في بلدةٍ كذا، فإذا ظهرَ له ذلك فالمصلحةُ حينئذٍ في السَّفر إلى تلك البلدة ليكون الرِّبحُ أوفرَ. اهـ. قال في «الفتاوى الظَّهيريَّة»: والأصحُّ: أنَّ نهيَه عن السَّفر عاملٌ على الإطلاق. اهـ.

(قوله: لَا يَمْلِكُ عَزْلَهُ) ولا نهيَه. «منح».

(قوله: فَلَا يَمْلِكُ تَخْصِيصَهُ) قدَّمْنا قريباً عن الزَّيلعيِّ معنى التَّخصيص.

(قوله: كَنَهْيِهِ عَنْ بَيْعِ الحَالِّ) يعني: ثمَّ باعَه بالحالِّ بسعرِ ما يُباعُ بالمؤجَّل كما في العيني[1]. وقد يكون في بيع المؤجَّل رِبحٌ وفائدةٌ، منها: أنَّه يُباعُ بربحٍ أكثرَ من الحالِّ عادةً، ولذا قدَّمَ في الوكالة: أنَّه لو أمره بالنَّسيئة فباعَ بالنَّقد؛ جازَ إن عيَّنَ له الثَّمنَ، أفادَ أنَّه عند عدم تعيين الثَّمن لا يجوزُ؛ لأنَّ النَّسيئةَ يكون الثَّمنُ أزيدَ. قال في «الهنديَّة»: ولو أمره أن يبيعَ بالنَّسيئة ولا يبيعَ بالنَّقد، فباعَ بالنَّقد؛ فهو جائزٌ. قالوا: وهذا إذا باعهَ بالنَّقد بمثل قيمته أو أكثرَ، أو بمثلِ ما سمَّى له من الثَّمن، فإن كان بدون ذلك؛ فهو مخالفٌ. كذا في «المبسوط»[2]. لو قال: لا تَبِعْه بأكثرَ من ألفٍ، فباعَ بأكثرَ؛ جازَ؛ لأنَّه خيرٌ لصاحبه. كذا في «الحاوي». اهـ[3]. وقدَّمْناه قريباً.

---

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٢.

(٢) «المبسوط» للسرخسي: ٢٢/ ٤٤.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٢٩٨- ٢٩٩.

فإنْ صرَّحَ بالنَّهيِ صحَّ، وإلا لا. (فَإِنْ فَعَلَ؛ ضَمِنَ) بالمخالفة، (وَكَانَ ذَلِكَ الشِّرَاءُ لَهُ)

أقول: لكنَّ هذا القيدَ لا يظهرُ على ما في الشَّرح من عدم اعتباره أصلاً، ومقتضاهُ الإطلاقُ. نعم، ذكروا ذلك في تقييد الوكيل كما سمعتَ، وهو مفيدٌ هناك، فيلزمُ أن لا يبيعَ بدون الثَّمن الذي عيَّنه له، وهو ثمنُ النَّسيئة، فإن باعَ نقداً بثمنها؛ صحَّ؛ إذ لا يبقى بعده إلا التَّقييدُ بالنَّسيئة، وهو غيرُ مفيدٍ بانفراده قطعاً. تأمَّلْ.

(قوله: فَإِنْ صَرَّحَ بِالنَّهْيِ) مثلُ: لا تَبعْ في سوق كذا.

(قوله: صَحَّ، وَإِلَّا لَا) وهذا بخلاف ما إذا قال: "على أن تشتريَ في سوق الكوفة"؛ حيث لا يصحُّ التَّقييدُ... إلى آخر ما قدَّمْناه.

(قوله: فَإِنْ فَعَلَ) أي: تجاوَزَ، بأن خرجَ إلى غير ذلك البلد، فاشترى سلعةً غيرَ ما عيَّنه، أو في وقتٍ غير ما عيَّنَه، أو بايَعَ أو اشترى مع غير مَنْ عيَّنَه.

(قوله: ضَمِنَ بِالمُخَالَفَةِ) وهل يَضمنُ بنفس الإخراج؟ الصَّحيحُ: نعم، لكن بالشِّراء يتقرَّرُ الضَّمانُ؛ لزوال احتمال الردِّ إلى البلد الذي عيَّنَه كما في «الهداية»[1].

(قوله: وَكَانَ ذَلِكَ الشِّرَاءُ لَهُ) وله ربحُه وعليه خُسرانُه؛ لأنَّه تصرَّفَ في مال غيره بغير أمره. «درر»[2]. أي: لأنَّه فضوليٌّ فيه، فينفذُ عليه حيث أمكن تنفيذُه، أمَّا لو باعَ مالَ المضاربة مخالفاً لربِّ المال؛ كان بيعُه موقوفاً على إجارته كما هو عقدُ الفضوليِّ. قال الأتقانيُّ: ولكن يتصدَّقُ بالرِّبح عندهما. وعند أبي يوسفَ: يَطيبُ له، أصلُه: المودَعُ إذا تصرَّفَ فيها وربحَ.

---

(١) «الهداية»: ٣/ ٢٠٢.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٣١٣.

ولو لم يتصرَّفْ فيه حتَّى عادَ للوِفاقِ؛ عادتِ المضاربةُ، ....

(قوله: وَلَوْ لَمْ يَتَصَرَّفْ فِيهِ) أشار إلى أنَّ أصلَ الضَّمان واجبٌ بنفس المخالفة، لكنَّه غيرُ قارٍّ إلا بالشِّراء، فإنَّه على عَرَضيَّة الزَّوال بالوفاق. وفي رواية «الجامع»: إنَّه لا يضمنُ إلا إذا اشترى. والأوَّلُ هو الصَّحيحُ كما في «الهداية»[1]. قهستاني[2].

قلتُ: والظَّاهرُ: أنَّ ثمرتَه فيما لو هلكَ بعد الإخراج قبل الشِّراء؛ يَضمنُ على الأوَّل، لا على الثَّاني.

(قوله: عَادَتِ المُضَارَبَةُ) أي: لو تجاوَزَ بلداً عيَّنها ربُّ المال، أو هَمَّ بشراءِ سلعةٍ غير التي عيَّنَها، أو في وقتٍ أو مع شخصٍ كذلكَ، ثمَّ عاد للوفاق، بأن رجعَ للبلد واشترى السِّلعةَ التي عيَّنَها وانتظرَ الوقتَ وعامَلَ مع ذلك الشَّخص؛ صحَّ تصرُّفُه لعدم المخالفة، ففي قوله: (عادت المضاربة) تسامُحٌ؛ لأنَّ العودَ لا يكون بعد الانصراف، والانصرافُ عن المضاربة يفسَخُها، ولم يوجدْ ما يقتضيه، ولم فُسختْ لم تَعُدْ؛ لأنَّ المفسوخَ لا يعودُ جائزاً بدون عقدٍ جديدٍ. كذا أفاده الرَّحمتيُّ. وقد يقال: المرادُ بالعود: الإبراءُ عن الضَّمان؛ لأنَّه أمينٌ خالَفَ ثمَّ عادَ إلى الوفاق، ورجعَ مع مال المضاربة على حاله؛ لأنَّ المالَ باقٍ في يده بالعقد السَّابق كما في «المنح». وهو يُفيدُ أنَّه لا يُتصوَّرُ العودُ إذا خالَفَ في سلعةٍ عيَّنَها أو في شخصٍ عيَّنَه. نعم، يظهرُ في مخالفته في المكان. تأمَّلْ.

وحاصلُ المعنى: إنَّه إذا عيَّنَ له بلداً فتجاوَزَ إلى أخرى؛ خرجَ المالُ عن المضاربة خروجاً موقوفاً على شَرَف الزَّوال، فإن رجعَ إلى ما عيَّنَه ربُّ المال؛ زالَ الضَّمانُ ورجعَ

---

(١) «الهداية»: ٣/ ٢٠٢.

(٢) «جامع الرموز»: ص٥٠٤.

وكذا لو عادَ في البعض اعتباراً للجزء بالكلِّ. (وَلَا) يملكُ (تَزْوِيجَ قِنٍّ مِنْ مَالِهَا، وَلَا شِرَاءَ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ المَالِ ....

إلى الوفاق، وبقيت المضاربةُ على حالها، كالمودَعِ إذا خالفَ في الوديعة ثمَّ تركَ، فإذا حُملَ على هذا فلا إشكالَ. تأمَّلْ.

(قوله: وَكَذَا لَوْ عَادَ) أي: إلى الوفاق (فِي البَعْضِ) أي: بعض المال بعد المخالفة في البعض الآخر، فإنَّ ما اشتراهُ مع المخالفة وقعَ لنفسه، وما بقيَ لم تحصلْ به المخالفةُ، فإذا عادَ إلى الوفاق صحَّ تصرُّفُه فيه؛ لأنَّ ذلك إذا كان حكمُ كلِّ المال؛ كان حكمُ جزئه اعتباراً للجزء بالكلِّ، وحكمُ ما باعه مع المخالفة حيث إنَّه عقدُ فضوليٍّ، والفضوليُّ يملكُ الفسخَ قبل إجازة المالك كما تقدَّم. فلو عادَ فيه إلى الوِفاق؛ صحَّ تصرُّفُه فيه؛ لأنَّ الفسخَ يُعدمُ البيعَ.

قال الأتقانيُّ: فإن اشترى ببعضه في غير الكوفة، ثمَّ بما بقيَ في الكوفة؛ فهو مخالفٌ في الأوَّل، وما اشتراهُ بالكوفة فهو على المضاربة؛ لأنَّ دليلَ الخلاف وُجِدَ في بعضه دون بعضه. انتهى.

(قوله: وَلَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ قِنٍّ مِنْ مَالِهَا) أي: لا يملكُ المضاربُ تزويجَ عبدٍ أو أمةٍ من مال المضاربة، كالشَّريك عِناناً أو مفاوضةً كما في «البحر»[1].

وعن أبي يوسفَ: إنَّ للمضارب تزويجَ الأَمَة؛ لأنَّه من الاكتساب؛ لأنَّه يصلُ إلى المهر وإلى سقوط نفقتِها، بخلاف تزويج العبد، فإنَّ فيه إشغالَ رَقَبته في الدَّين واستحقاقَ بيعه

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٤.

بِقَرَابَةٍ أَوْ يَمِينٍ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ) ....

به. ولهما: إنَّه ليس من باب التِّجارة، فلا يدخلُ تحت الإطلاق؛ لأنَّ لفظَ المضاربة يدلُّ على تحصيل المال بطريق التِّجارة، لا بأيِّ طريقٍ كان، ألا ترى أنَّه ليس له أن يُكاتبَ، ولا يُعتقَ على مالٍ وإن كان بأضعاف قيمته، على أنَّ في تزويج الأَمَة خطراً، وهو الحملُ وعدمُ الخلاص منه كما في «المنبع»، بخلاف المكاتَبِ حيث يجوزُ له أن يزوِّجَ الأَمَةَ دون العبد؛ لأنَّ الكتابةَ تقتضي الاكتسابَ دون التِّجارة، ولهذا كان له أن يُكاتبَ، فيملكُ تزويجَ الأَمَة أيضاً. ونظيرُها: الأبُ والوصيُّ حيث يَملكان تزويجَ الأَمَة والمكاتبةِ دون تزويج العبد؛ لأنَّ تصرُّفَهما مقيَّدٌ بالنَّظر للصَّغير، فمهما كان فيه نظرٌ للصَّغير فَعَلاه، وما لا فلا. ذكره الزَّيلعيُّ[١].

قال القهستانيُّ: وفيه إشارةٌ إلى أنَّه لا يحلُّ للمضارب وطءُ جارية المضاربة، رَبِحَ أو لا، وأذنَ به أو لا كما في «المضمرات». انتهى[٢].

(قوله: بِقَرَابَةٍ) كابنه وأبيه؛ لكونه مخالفاً للمقصود.

(قوله: أَوْ يَمِينٍ) بأن قال: "إن ملكتَه فهو حرٌّ"؛ لأنَّ المضاربةَ إذنٌ بتصرُّفٍ يحصلُ به الرِّبحُ، وهذا إنَّما يكون بشراءِ ما يمكن بيعُه، وهذا ليس كذلكَ. «درر»[٣]. ونظيرُ المضاربة: الشَّريكُ شركةَ عِنانٍ أو مفاوضةٍ، حتَّى كان تزويجُه الأَمَةَ على الخلاف. زيلعي[٤].

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٨.

(٢) «جامع الرموز»: ص٥٠٤.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٣١٣.

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٥٨.

فإنَّه يملكُ ذلك (عِنْدَ عَدَمِ القَرِينَةِ) المقيِّدةِ للوكالة، كـ"اشترِ لي عبداً أبيعُه"، أو "أستخدِمُه"، أو جاريةً أَطؤُها. (وَلَا مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ) أي: المضاربِ (إِنْ كَانَ فِي المَالِ رِبْحٌ) هو هنا

(قوله: فَإِنَّهُ يَملِكُ ذَلِكَ) لأنَّ التَّوكيلَ مطلقٌ، فيجري على إطلاقه. قال الشُّمنِّيُّ: والفرقُ بينه وبين المضارب حيث يصحُّ شراءُ الوكيل لمن يعتقُ على الموكِّل ولا يصيرُ به مخالفاً؛ إذ الوكالةُ في الوكيل بالشِّراء مطلقةٌ، فتَجري على إطلاقها، وفي المضاربة مقيَّدةٌ بما يظهرُ فيه الرِّبحُ بالبيع، فإذا اشترى ما لا يَقدرُ على بيعه خالَفَ. انتهى. وكذا لو وجدَ في الوكالة أيضاً ما يدلُّ على التَّقييد بأن قال: اشترِ لي عبداً أبيعُه أو جاريةً أطؤها؛ كان الحكمُ كذلك كما ذكره المصنِّفُ بقوله: (عند عدم القرينة)، فلو اشترى مَنْ يعتقُ على ربِّ المال؛ صار مُشترياً لنفسه ويضمنُ؛ لأنَّه نقدَ الثَّمنَ من مال المضاربة. وعند مالكٍ: لو كان عالماً مُوسرا ضمنَ، وإلا فلا. كذا ذكره العينيُّ[1]. ومقتضاه: الضَّمانُ عندنا مطلقاً مُوسِراً أو لا.

(قوله: وَلَا مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ) لأنَّه يَعتقُ نصيبُه، ويفسدُ بسببه نصيبُ ربِّ المال أو يعتقُ على الخلاف بين الإمام وصاحبَيْه.

(قوله: إِذَا كَانَ فِي المَالِ رِبْحٌ هُوَ هُنَا... إلخ) قال الزَّيلعيُّ: والمرادُ من ظهور الرِّبح المذكور: أن تكون قيمةُ العبد المشترى أكثرَ من رأس المال، سواءٌ كان في جملة مال المضاربة رِبحٌ أو لم يكن؛ لأنَّه إذا كان قيمةُ العبد مثلَ رأس المال أو أقلَّ؛ لا يظهرُ ملكُ المضارب فيه، بل يجعلُ مشغولاً برأس المال، حتَّى إذا كان رأسُ المال ألفاً وصار عشرةَ آلافٍ، ثمَّ اشترى المضاربُ مَنْ يعتقُ عليه وقيمتُه ألفٌ أو أقلُّ؛ لا يَعتقُ عليه. وكذا كان له ثلاثةُ أولادٍ أو أكثرُ وقيمةُ كلِّ واحدٍ ألفٌ أو أقلُّ، فاشتراهم؛ لا يَعتقُ شيءٌ منهم؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ مشغولٌ برأس المال، ولا يملكُ المضاربُ منهم شيئاً حتَّى يزيد قيمةُ كلِّ عينٍ

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٢.

أنْ تكونَ قيمةُ هذا العبد أكثرَ من كلِّ رأس المال كما بسطَه العينيُّ. فليُحفظْ. (فَإِنْ فَعَلَ) شراءَ مَن يعتقُ على واحدٍ منهما؛ (وَقَعَ الشِّرَاءُ لِنَفْسِهِ، ....

على رأس المال على حدةٍ من غير ضمِّه إلى آخرَ. اهـ[١]. لأنَّه يحتملُ أن يهلكَ منهم اثنانِ، فيتعيَّن الباقي لرأس المال، ولعدم الأولويَّة. وقال في «المنح»: والمرادُ من الرِّبح هنا: أن تكون قيمةُ العبد المشترى أكثرَ من رأس المال، سواءٌ كان في جملة مال المضاربة رِبحٌ أو لم يكن، حتَّى لو كان المالُ ألفاً، فاشترى بها المضاربُ عبدَيْن قيمةُ كلِّ واحدٍ منهما ألفٌ، فأعتقهما المضاربُ؛ لا يصحُّ عتقُه، وأمَّا بالنِّسبة إلى استحقاق المضارب؛ فإنَّه يظهرُ في الجملة رِبحٌ، حتَّى لو أعتقَهما ربُّ المال في هذه الصُّورة صحَّ وضمنَ نصيبَ المضارب منهما، وهو خمسُمائةٍ موسراً كان أو مُعسراً. كذا في «الفتاوى الظَّهيريَّة». اهـ. وإن لم يظهرْ رِبحٌ بالمعنى المذكور؛ جاز شراؤه لعدم ملكِه. «بحر»[٢].

(قوله: كَمَا بَسَطَهُ العَيْنِيُّ[٣]) عبارتُه هي عينُ التي نقلناها عن الزَّيلعيِّ في المقولة السَّابقة.

(قوله: وَقَعَ الشِّرَاءُ لِنَفْسِهِ) لأنَّ الشِّراءَ متى وجدَ نفاذاً على المشتري ينفذُ عليه. اهـ «منح». وضمنَ في الصُّورتين، ففي الوجه الأوَّل يضمنُ جميعَ الثَّمن إذا دفعَ من مال المضاربة؛ إذ ليس له فيه من نصيبٍ؛ لعدم ظهور الرِّبح فيه، بخلاف الوجه الثَّاني حيث يسقطُ عنه من ثمنه بحسب ما يخصُّه فيما يظهرُ فيه من الرِّبح. هذا ما ظهرَ لي، وكأنَّهم تركوا التَّنبيهَ عليه لظهوره. اهـ أبو السعود[٤].

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦١.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٥.

(٣) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٢.

(٤) «فتح المعين»: ٣/ ١٩٣.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ) كما ذكرنا؛ (صَحَّ) للمضاربة، (فَإِنْ ظَهَرَ) الرِّبحُ (بِزِيَادَةِ قِيمَتِهِ بَعْدَ الشِّرَاءِ؛ عَتَقَ حَظُّهُ، وَلَمْ يَضْمَنْ نَصِيبَ المَالِكِ) لعتقِه لا بصُنْعه، (وَسَعَى) العبدُ (المُعْتَقُ

(قوله: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رِبْحٌ) أي: في الصُّورة الثَّانية، وهي ما إذا اشترى المضاربُ من يعتقُ عليه.

(قوله: كَمَا ذَكَرْنَا) أي: من كون قيمتِه أكثرَ من رأس المال.

(قوله: صَحَّ لِلْمُضَارَبَةِ) لعدم المفسِد؛ لأنَّه لا يَعتقُ عليه شيءٌ؛ إذ لا مِلكَ له فيه؛ لكونه مشغولاً برأس المال، فيمكِنُه أن يبيعَه للمضاربة، فيجوزُ.

(قوله: فَإِنْ ظَهَرَ الرِّبْحُ) أي: في صورةِ ما إذا اشترى المضاربُ مَنْ يعتقُ عليه ولم يكن فيه ربحٌ ظاهرٌ؛ لأنَّ قيمتَه لا تزيدُ على رأس المال، ثمَّ غلا سعرُه، أو زادتْ أوصافُه حتَّى غلتْ قيمتُه.

(قوله: لِعِتْقِهِ لَا بِصُنْعِهِ) لأنَّه إنَّما أعتقَ عند الملك لا بصُنعٍ منه، بل بسبب زيادةِ قيمته بلا اختيارٍ، فصار كما لو وَرِثَه مع غيره بأن اشترتِ امرأةٌ ابنَ زوجها، ثمَّ ماتتْ وتركتْ هذا الزَّوجَ وأخاً؛ عتقَ نصيبُ الزَّوج، ولا يضمنُ شيئاً لأخيها؛ لعدم الصُّنْع منه. «درر»[1].

تتمَّةٌ: شرى نصفَه بمال المضاربة ولا فضلَ فيه، ونصفَه بماله؛ صحَّ؛ لأنَّ هذا النِّصفَ لا رِبْحَ فيه، فلم يَثبتِ العتقُ فيه، وإنَّما دخلَ العتقُ فيه حكماً لما اشتراه لنفسه، فلم يَصِرْ مخالفاً. زيلعي عن «الكافي»[2].

(قوله: وَسَعَى العَبْدُ المُعْتَقُ... إلخ) قال في «الجوهرة»: وولاؤه بينهما على قَدْر

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٣١٣.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦١.

فِي قِيمَةِ نَصِيبِ رَبِّ المَالِ. وَلَوِ اشْتَرَى الشَّرِيكُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى شَرِيكِهِ، أَوِ الأَبُ أَوِ الوَصِيُّ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى الصَّغِيرِ؛ نَفَذَ عَلَى العَاقِدِ) إذ لا نَظرَ فيه للصَّغير، (وَالمَأْذُونُ إِذَا اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى المَوْلَى صَحَّ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَغْرِقًا بِالدَّيْنِ، وَإِلَّا لَا) خلافًا لهما ....

الملك عند أبي حنيفةَ. وعندهما: عتقَ كلُّه وسعى في رأس المال وحصَّة ربِّ المال من الرِّبح. اهـ[1]. وإنَّما سعى العبدُ؛ لأنَّه احتُسبتْ ماليَّةُ العبد عند العبد، فيسعى فيه. «عناية»[2].

(قوله: مَنْ يَعْتِقُ عَلَى الصَّغِيرِ) ومثلُه: المعتوهُ. حموي[3].

(قوله: إِذْ لا نَظَرَ فِيهِ لِلصَّغِيرِ) أي: في شراء الأب والوصيِّ، وهي علَّةٌ قاصرةٌ، والعلَّةُ في الشَّريك: هي المذكورةُ في المضارب مِن قصدِ الاسترباح. ط[4]. وأما الشَّريكُ؛ فلأنَّ الشِّركةَ تتضمَّنُ الوكالةَ، والوكيلُ لا يشتري مَنْ يعتقُ على الموكِّل عند القرينة كما مرَّ آنفًا، والشِّركةُ قرينةُ قصد الرِّبح كالمضاربة.

(قوله: وَإِلَّا) بأن كان مُستغرقًا.

(قوله: لَا) أي: لا يعتقُ ما اشتراهُ من قريب المولى عند الإمام.

(قوله: خِلَافًا لَهُمَا) وهذا الخلافُ مبنيٌّ على أنَّ المولى هل يملكُ أكسابَ عبده المأذون المستغرق بالدَّين أو لا؟ فعندهُ: لا يملكُ، وعندهما: يملكُ، أي: فيعتقُ وإن كان المديونُ مستغرقًا بالدَّين لماله ورقبته؛ لأنَّ السيِّدَ يملكُ ما في يده وإن أحاطَ الدَّينُ

(١) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٢٩٤.

(٢) «العناية»: ٨/ ٤٥٨.

(٣) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧١/ ب شهيد علي باشا.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٦.

زيلعي. (مُضَارِبٌ مَعَهُ أَلْفٌ بِالنِّصْفِ اشْتَرَى بِهِ أَمَةً، فَوَلَدَتْ) ولداً (مُسَاوِيًا لهُ) أي: للألف، (فَادَّعَاهُ مُوسِراً، فَصَارَتْ قِيمَتُهُ) أي: الولدِ وحدَه ....

بذلك، وحينئذٍ يملكُ السيِّدُ قيمةَ العبد المعتَقِ لغرماء المديون عندهما، وعند الكلِّ إذا لم يكن مُستغرقاً.

(قوله: زَيْلَعِيٌّ) قال: وإن كان فيه دَيْنٌ مُحيطٌ برقبته وكسبِه؛ لا يعتقُ عنده، وعندهما: يعتقُ، بناءً على أنَّه هل يدخلُ في ملك المولى أم لا؟ اهـ[1].

(قوله: بِالنِّصْفِ) متعلِّقٌ بـ(مضارب).

(قوله: اشْتَرَى أَمَةً) أي: قيمَتُها ألفٌ.

(قوله: فَوَلَدَتْ) أي: ووَطِئها المضاربُ فولدتْ.

(قوله: وَلَداً مُسَاوِيًا لَهُ) أي: الولدُ وحده مساويًا للألف، فلو كانت قيمةُ الولد أكثرَ من الألف؛ نفذتْ دِعوتُه في الحال؛ لظهور الرِّبح فيه.

(قوله: فَادَّعَاهُ مُوسِراً) لأنَّه ضمانُ عتقٍ. قال منلا مسكين: واعلم أنَّه قولَه: (موسراً) ليس بقيدٍ لازمٍ، بل ذَكَرَه؛ لأنَّه لَمَّا لم يضمنْ في الولد مع أنَّه موسرٌ؛ فلأنْ لا يَضمنَ إذا كان مُعسِراً أَوْلى. اهـ[2]. أي: إنَّما قيَّدَ به لنفي الشُّبهة، وهي أنَّ الضَّمانَ بسبب دِعوة المضارب، وهو الإعتاقُ، فيختلفُ باليسار والإعسار، فكان الواجبُ أن يضمنَ المضاربُ إذا كان مُوسِراً، ومع ذلك لا يضمنُ؛ لأنَّ نفوذَ العتق معنىً حكميٌّ لا صُنْعَ للمضارب فيه، فلا يجبُ عليه الضَّمانُ لعدم التَّعدِّي؛ إذ لا يجب ضمانُ العتق إلا بالتَّعدِّي. كما في أخي

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦١.

(٢) «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٣٠.

كما ذكرنا (أَلْفًا وَنِصْفَهُ) أي: خمسَمائةٍ؛ نفذتْ دِعوَتُه؛ لوجودِ الملك بظهور الرِّبح المذكور، فعتقَ ....

جلبي. والحاصلُ: أنَّه لا يضمنُ لا موسراً ولا معسراً، وإنَّما قيَّد به؛ ليُعلمَ أنَّ الموسِرَ لا يضمنُ بالطَّريق الأَوْلى.

(قوله: كَمَا ذَكَرْنَا) أي: في قوله: (مساويًا له)، فالكافُ بمعنى مثل خبرُ (صار)، و(ألفًا) بدلٌ منه، أو (ألفًا) هو الخبرُ، والجارُّ والمجرورُ قبله حالٌ منه.

(قوله: نَفَذَتْ دِعْوَتُهُ) بخلافِ ما لو أعتقَه فزادتْ قيمتُه؛ لأنَّه إنشاءٌ، والدِّعوةُ إخبارٌ، فتتوقَّفُ على ظهور الرِّبح.

فإن قلتَ: قد ظهرَ الرِّبحُ بظهور الولد.

قلنا: هذا قولُ زُفَر، وأمَّا المذهبُ؛ فلا يَظهرُ الرِّبحُ إذا كان رأسُ المال أجناسًا مختلفةً كلٌّ منها قدرُ رأس المال. قال الشَّيخُ أبو الطيب: وإنَّما لم تنفذْ دعوتُه إلا بعد صيرورةِ قيمته ألفًا ونصفه؛ إذ كلُّ واحدٍ منهما رأسُ المال، فلا يظهرُ الرِّبحُ؛ لِمَا عُرفَ أنَّ مالَ المضاربة إذا صارَ أجناسًا مختلفةً كل واحدٍ منها لا يزيدُ على رأس المال لا يظهرُ الرِّبحُ عندنا خلافًا لزُفَر؛ لأنَّ بعضَها ليس بأَوْلى من البعض، فإذا كان كذلكَ لم يكن للمضارب نصيبٌ في الأَمَة ولا في الولد، وإنَّما الثَّابتُ له مجرَّدُ حقِّ التَّصرُّف، فلا تنفذُ دِعوَتُه، فإذا زادتْ قيمةُ الغلام وصارتْ ألفًا وخمسَمائةٍ؛ ظهرَ فيه في ذلك الوقت، فملكَ المضاربُ منه نصفَ الزِّيادة، فنفذتْ دعوتُه السَّابقةُ فيه لوجود شرطها، وهو الملكُ. اهـ.

(قوله: فَعَتَقَ) قال في «التَّبيين»: فإذا نفذتْ دَعوتُه؛ صار الغلامُ ابنًا له، وعتقَ بقَدْر نصيبه منه، وهو رُبُعُه، ولم يضمنِ المضاربُ حصَّةَ ربِّ المال من الولد؛ لأنَّ العتقَ ثبتَ

(سَعَى لِرَبِّ المَالِ فِي الأَلْفِ وَرُبُعِهِ) إن شاءَ المالكُ، ....

بالملك والنَّسب، فصارتِ العلَّةُ ذات وجهين، والملكُ آخِرُهما وجوداً، فيُضافُ الحكمُ ـ وهو العتقُ ـ إليه؛ لأنَّ الحكمَ يضافُ إلى الوصف الأخير، أصلُه: وضعُ القُفَّة على السَّفينة والقدحُ الأخيرُ، ولا صُنْعَ للمضارب في الملك، فلا يجب عليه الضَّمانُ لدعم التَّعدِّي؛ إذ لا يجب ضمانُ العتق إلا بالتَّعدِّي. اهـ مختصراً[1]. قال صاحبُ «الكافي»: سفينةٌ لا تحملُ إلا مائةَ مَنٍّ، فأوقعَ فيها رجلٌ منّاً زائداً على المائة، فغرقتْ؛ كان الضَّمانُ كلُّه عليه. اهـ. والقدحُ الأخيرُ المسكِرُ هو المحرَّمُ، أي: على قول الإمام دون ما قبله، وإن كان المفتى به قولُ محمدٍ: إنَّ ما أسكرَ كثيرُه فقليلُه حرامٌ. ط[2].

(قوله: سَعَى) حيث زادَ الشَّارحُ (نفذتْ) يحتاج إلى واو العطف هنا بأن يقول: وسعى عطفاً على جواب المسألة التي زادها الشَّارحُ.

(قوله: فِي الأَلْفِ وَرُبُعِهِ) أي: سعى الولدُ لربِّ المال في الألف ورُبُعِه، وهو مائتان وخمسونَ؛ لأنَّ الألفَ مستحقٌّ له برأس المال، ومائتانِ وخمسونَ نصيبُه من الرِّبح، فإذا قبضَ منه ألفَ درهمٍ؛ صار مُستوفياً لرأس ماله، وظهر أنَّ الأمَّ كلَّها ربحٌ؛ لفراغها عن رأس المال، فكانت بينهما نصفينِ، ونفذَ فيها دِعوةُ المضاربة، وصارتْ كلُّها أمَّ ولد له، ويجب نصفُ قيمتها لربِّ المال مُوسراً كان أو معسِراً؛ لأنَّه ضمانُ التَّملُّك، وهو لا يختلفُ باليسار والإعسار، ولا يتوقَّفُ على التَّعدِّي، بخلاف ضمان الإعتاق، فإنَّه ضمانُ الإفساد، فلا يجبُ عليه بغير تعدٍّ ولا على مُعسرٍ. عيني[3].

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٢.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٦.

(٣) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٣.

(أَوْ أَعْتَقَهُ) إن شاءَ، (وَلِرَبِّ المَالِ بَعْدَ قَبْضِهِ أَلْفَهُ) من الولد (تَضْمِينُ المُدَّعِي) ولو مُعسِراً؛ لأنَّه ضمانُ تملُّكٍ (نِصْفَ قِيمَتِهَا) أي: الأمةِ؛ ....

فإن قيل: لِمَ لَمْ يُجعلِ المقبوضُ من الولد من الرِّبح وهو ممكنٌ، بأن يُجعلَ الولدُ كلُّه ربحاً والجاريةُ مشغولةً برأس المال على حالها؟

قلنا: المقبوضُ من جنس رأس المال، فكان أَوْلى بجعله رأسَ المال، ولأنَّ رأسَ المال مُقدَّمٌ على الرِّبح؛ إذ لا يَسلمُ له شيءٌ من الرِّبح إلا بعد سلامة رأس المال لربِّ المال، فكان جعلُه به أَوْلى بعد وصوله إلى يده. اهـ «تبيين»[1].

(قوله: أَوْ أَعْتَقَهُ إِنْ شَاءَ) أي: ربُّ المال؛ لكونه قابِلاً للعتق، فإنَّ المستسعى كالمكاتب. «عناية»[2]. فيكون لربِّ المال الخيارُ: إن شاء استسعى الغلامَ في ألفٍ ومائتين وخمسينَ، وإن شاءَ أعتقَه.

(قوله: بَعْدَ قَبْضِهِ أَلْفَهُ مِنَ الوَلَدِ) أي: ولو حُكماً كما لو أعتقَه، فإنَّ بإعتاقه يصيرُ قابضاً حكماً. إنَّما شرطَ قبضُ ربِّ المال الألفَ من الغلام حتَّى تصيرَ الجاريةُ أمَّ ولدٍ للمضارب؛ لأنَّها مشغولةٌ برأس المال، فإذا قبضَه من الغلام؛ فرغتْ عن رأس المال، وصارتْ كلُّها رِبحاً، فظهرَ فيها ملكُ المضارب، فصارتْ أمَّ ولدٍ له. زيلعي[3].

(قوله: تَضْمِينُ المُدَّعِي) وهو المضارب.

(قوله: لِأَنَّهُ ضَمَانُ تَمَلُّكٍ) وهو لا يَختلفُ باليسار والإعسار، ولا يتوقَّفُ على التَّعدِّي. زيلعي[4]. بخلاف ضمان الولد؛ لأنَّه ضمانُ عتقٍ، وهو يَعتمدُ التَّعدِّيَ، ولم يوجدْ.

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٣.

(٢) «العناية»: ٨/ ٤٥٩.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٣.

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٣.

لظهور نفوذِ دِعوتِه فيها، ويُحملُ على أنَّه تزوَّجَها ثمَّ اشتراها حُبْلى منه، ولو صارتْ قيمَتُها ألفاً ونصفَه؛ صارتْ أمَّ ولدٍ، ....

(قوله: لِظُهُورِ) أي: وقوعِ (نُفُوذِ دِعْوَتِهِ) صحيحةً ظاهراً (فِيهَا) بظهور ملكه فيها.

(قوله: وَيُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا... إلخ) بأن يُحملَ أنَّ البائعَ زوَّجَها منه، ثمَّ باعها منه وهي حُبلى؛ حملاً لأمره على الصَّلاح، لكن لا تنفذُ هذه الدَّعوى لعدم الملك، وهو شرطٌ فيها؛ إذ كلُّ واحدٍ من الجارية وولدِها مشغولٌ برأس المال، فلا يظهرُ الرِّبحُ فيه؛ لِمَا عرفَ أنَّ مالَ المضاربة إذا صارَ أجناساً مختلفةً كل واحدٍ منها لا يزيدُ على رأس المال؛ لا يظهرُ الرِّبحُ عندنا؛ لأنَّ بعضَها ليس بأَوْلى به من البعض، فحينئذٍ لم يكن للمضارب نصيبٌ في الأَمَة ولا في الولد، وإنَّما الثَّابتُ له مجرَّدُ حقِّ التَّصرُّف، فلا تنفذُ دِعوتُه، فإذا زادتْ قيمتُه وصارتْ ألفاً وخمسَمائةٍ؛ ظهرَ الرِّبحُ وملكَ المضاربُ منه نصفَ الزِّيادة، فنفذتْ دِعوتُه السَّابقةُ لوجود شرطها، وهو الملكُ، فصارَ ابنَه، وعتقَ بقَدْر نصيبه منه، وهو سُدُسُه، ولم يضمنْ حصَّةَ ربِّ المال من الولد؛ لأنَّ العتقَ ثبتَ بالملك والنَّسب، فصارت العلَّةُ ذاتَ وجهينِ، والملكُ آخرُهما وجوداً، فيُضافُ العتقُ إليه، ولا صُنْعَ له في الملك، فلا ضمانَ لعدم التَّعدِّي، فإذا اختارَ الاستسعاءَ؛ استسعاهُ في ألفِ رأسِ ماله، وفي سُدُسه نصيبه من الرِّبح، فإذا قبضَ الألفَ صار مُستوفياً لرأس ماله، وظهر أنَّ الأمَّ كلَّها ربحٌ بينهما نصفينِ، ونفذَ فيها دِعوةُ المضارب، وصارتْ كلُّها أمَّ ولدٍ له؛ لأنَّ الاستيلادَ إذا صادَفَ محلاً يحتملُ النَّقلَ لا يتجزَّأُ إجماعاً، ويجب نصفُ قيمتها لربِّ المال. هذا حاصلُ ما تقدَّم في هذه المسألة.

(قوله: مِنْهُ) تنازَعَ فيه كلٌّ من (تزوَّجها) و(اشتراها).

وضمنَ للمالك ألفـًا ورُبعَه لو مُوسراً، فلو مُعسِراً فلا سِعايةَ عليها؛ لأنَّ أمَّ الولد لا تَسعى وتمامُه في «البحر». واللهُ أعلمُ.

(قوله: وَضَمِنَ لِلْمَالِكِ أَلْفـًا... إلخ) لأنَّها لَمَّا زادتْ قيمَتُها؛ ظهرَ فيها الرِّبحُ، وملكَ المضاربُ بعضَ الرِّبح، فنفذتْ دِعوتُه فيها، ويجب عليه لربِّ المال رأسُ ماله، وهو ألفٌ، ويجب عليه أيضـًا نصيبُه من الرِّبح، وهو مائتانِ وخمسون، فإذا وصلَ إليه ألفُ درهمٍ؛ استوفى رأسَ المال وصار الولدُ كلُّه رِبحـًا، فيملكُ المضاربُ منه نصفَه، فيَعتقُ عليه، وما لم يَصِل الألفُ إليه؛ فالولدُ رقيقٌ على حاله على نحو ما ذكرنا في الأمِّ. وبهذا عُلِمَ أنَّها مسألةٌ مستقلَّةٌ موضوعُها: أنَّه لم يَقبضِ الألفَ من الغلام. فتدبَّرْ.

وقولُه: (لو موسراً) كذا وقعَ في «البحر»[1]. والذي يُستفادُ من كلامهم: أنَّ الضَّمانَ عليه مطلقـًا؛ لأنَّه ضمانُ تملُّكٍ، فصار ذلك الضَّمانُ ببدلٍ، والضَّمانُ إذا كان ببدلٍ يَستوي فيه اليسارُ والإعسارُ، ويدلُّ عليه قولُ المؤلِّف: (فلا سعايةَ عليها)؛ لأنَّه لا يضيعُ على المالك حقُّه، وما لم يصلْ إلى ربِّ المال رأسُ ماله؛ فالولدُ رقيقٌ، ولذلك أطلَقَه العينيُّ، وحينئذٍ فقوله: (لو موسراً) لا مفهومَ له؛ لأنَّه لو كان مُعسراً فكذلك. وتقدَّم أيضـًا ما يفيدُه.

(قوله: وَتَمَامُهُ فِي «البَحْرِ») قال فيه: ولو لم تزدْ قيمةُ الولد على ألفٍ، وزادتْ قيمةُ الأمِّ حتى صارتْ ألفـًا وخمسَمائةٍ؛ صارت الجاريةُ أمَّ ولدٍ للمضارب، ويَضمنُ لربِّ المال ألفـًا ومائتينِ وخمسينَ إن كان موسراً، وإن كان مُعسراً فلا سعايةَ عليها؛ لأنَّ أمَّ الولد لا تسعى، وما لم يَصِلْ إلى ربِّ المال رأسُ ماله؛ فالولدُ رقيقٌ، ثمَّ يأخذُ منه مائتينِ وخمسينَ على أنَّه نصيبُه من الرِّبح. ولو زادتْ قيمَتُها؛ عتقَ الولدُ وصارت الجاريةُ أمَّ ولدٍ

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٥.

....

له؛ لأنَّ الرِّبحَ ظهرَ في كلِّ واحدٍ منهما، ويأخذُ رأسَ المال من المضارب، لا ما وجبَ عليه[1] أيسرُ المالين؛ لأنَّه معجَّلٌ، وهو موسرٌ، والسِّعايةُ مؤجَّلةٌ، والعبدُ معسرٌ، ويأخذُ منه أيضاً ما بقيَ من نصيبه من الرِّبح، ويضمنُ أيضاً نصفَ عُقْرِها؛ لأنَّه لَمَّا استوفى رأسَ المال ظهرَ أنَّه ربحٌ؛ لأنَّ عُقرَ مال المضاربة يكون للمضاربة، ويسعى الغلامُ في نصيب ربِّ المال، ويسقطُ عنه نصيبُ المضارب. اهـ مع إصلاحٍ من عبارة الزَّيلعيِّ[2].

أمَّا قولُه: "ويضمن... إلخ" تقدَّم أنَّه يُحملُ على الاستيلاد بالنِّكاح، فكيف يجب العقرُ؟! كذا بخطِّ الحلبيِّ نقلاً عن قارئ «الهداية». واللهُ تعالى أعلمُ، وأستغفرُ الله العظيمَ.

(١) في هامش بولاق: (قوله: لا ما وجب عليه... إلخ، كذا بالأصل، وليحرر. اهـ).

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٦.

(بَابٌ: المُضَارِبُ يُضَارِبُ)

لَمَّا قدَّمَ المفردةَ؛ شرعَ في المركَّبة، فقال: (ضَارَبَ المُضَارِبُ) آخرَ ....

(بَابٌ: المُضَارِبُ يُضَارِبُ)

يصحُّ في (باب) التَّنوينُ وعدمُه على أنَّه مضافٌ للمضارب وجملةُ (يضارب) حالٌ من (المضارب) أو صفةٌ؛ لأنَّ (المضارب) بمنزلة النَّكرة؛ إذ الألفُ واللامُ فيه للجنس، وهذا على جعلهما متضايفَيْن، أمَّا على التَّنوين؛ فالظَّاهرُ أنَّ جملةَ (يضارب) خبرُ (المضارب)، والمعنى: أنَّ المضاربَ تقعُ منه المضاربةُ. ويردُ على الحاليَّة: أنَّ الحالَ لا يجيءُ من المضاف إلا في صُوَرٍ ثلاثٍ، وليس هذا منها. ويردُ على القطع: أنَّ (المضارب) ممنوعٌ منها إلا بإذنٍ، والبابُ معقودٌ للمضاب خاصَّةً. فتأمَّل. ط بزيادةٍ[(١)].

(قوله: لَمَّا قَدَّمَ المُفْرَدَةَ شَرَعَ فِي المُرَكَّبَةِ) لأنَّ المركَّبَ يتلو المفردَ طبعاً، فكذا وضعاً. حموي[(٢)]. وردَّه قاضي زاده: بأنَّه مضاربةُ المضارب وإن كانت بعد مضاربة ربِّ المال، إلا أنَّها مفردةٌ أيضاً غيرُ مركَّبةٍ من المضاربتين، ألا يرى أنَّ الثَّانيَ يتلو الأوَّلَ، ولكنَّه ليس بمركَّبٍ من الأوَّل ومن نفسه قطعاً، وإنَّما المركَّبُ منهما الاثنانِ. واستوجهَ في المناسبة ما في «النِّهاية» و«معراج الدِّراية» حيث قالا: لَمَّا ذكرَ حكمَ المضاربة الأولى؛ ذكرَ في هذا الباب حكمَ المضاربة الثَّانية؛ إذ الثَّانيةُ تتلو الأولى أبداً[(٣)]، فكذا بيانُ حكمها[(٤)]. اهـ ط[(٥)].

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٧.

(٢) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧٢/ آ شهيد علي باشا.

(٣) «النهاية»: ص٣١٦ (ت: العتيبي)، «معراج الدراية»: ٧/ ٨٥.

(٤) «نتائج الأفكار»: ٨/ ٤٦١- ٤٦٢ (تكملة فتح القدير).

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٧.

(بِلَا إِذْنِ) المالك؛ (لَمْ يَضْمَنْ بِالدَّفْعِ مَا لَمْ يَعْمَلِ الثَّانِي، رَبِحَ) الثَّاني (أَوْ لَا) على الظَّاهر؛ لأنَّ الدَّفعَ إيداعٌ، وهو يملِكُه، فإذا عَمِلَ؛ تبيَّنَ أنَّه مضاربةٌ، فيَضمنُ، ....

(قوله: بِلَا إِذْنٍ) أي: أو تفويضٍ، بأن لم يقل له ربُّ المال: "اعملْ برأيكَ"؛ لأنَّه إذا قال له ذلك؛ يَملكُ أن يُضاربَ حينئذٍ. اهـ شِلْبي[1]. أي: لأنَّ المضاربَ لا يملكُ أن يُضارِبَ إلا بإذن ربِّ المال.

(قوله: عَلَى الظَّاهِرِ) أي: ظاهر الرِّواية عن الإمام، وهو قولُهما. وفي رواية الحسن عنه: لم يضمنْ ما لم يَربحْ؛ لأنَّه يملكُ الإبضاعَ، فلا يضمنُ بالعمل ما لم يَرْبح، فإذا رَبحَ فقد ثبتَ له شِركةٌ في المال، فيصيرُ كخلطِ مالها بغيره، فيجب الضَّمانُ. وجهُ ظاهر الرِّواية: أنَّ الرِّبحَ إنَّما يحصلُ بالعمل، فيُقامُ سببُ حصول الرِّبح مقامَ حقيقة حصوله في صيرورة المال مضموناً به. وهذا إذا كانت المضاربةُ الثَّانيةُ صحيحةً، فإذا كانت فاسدةً؛ لا يضمنُ الأوَّلُ وإن عملَ الثَّاني؛ لأنَّه أجيرٌ فيه، والأجيرُ لا يَستحقُّ شيئاً من الرِّبح، فلا تَثبتُ الشِّركةُ له، بل له أجرُ مثله على المضارب الأوَّل، وللأوَّل ما شرطَ له من الرِّبح. اهـ «منح».

(قوله: فَإِذَا عَمِلَ تَبَيَّنَ أَنَّهُ مُضَارَبَةٌ فَيَضْمَنُ) لأنَّه حصلَ العملُ في المال على وجهٍ لم يَرضَ به المالكُ، فتحقَّقَ الخلافُ، فوجب الضَّمانُ، فجعلَ الأمرُ مراعىً، أي: موقوفاً قبل العمل، حتَّى إذا عملَ الثَّاني وجبَ الضَّمانُ، وإلا فلا. ط[2].

فإن قلت: إنَّه بالعمل مُستبضعٌ، ولا تظهرُ المخالفةُ إلا بظهور الرِّبح.

يجابُ: بأنَّه لم يَعملْ مجَّاناً حتَّى يكون مستبضعاً، بل عملَ على طمع الأجر، وهو ما شرطَ له من الرِّبح، فتحصلُ المخالفةُ بمجرَّد العمل، فيوجدُ سببُ الضَّمان.

---

(١) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٣.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٧.

إلا إذا كانت الثَّانيةُ فاسدةً، فلا ضمانَ وإن رَبحَ، بل للثَّاني أجرُ مثله على المضارب الأوَّل، وللأوَّل الرِّبحُ المشروطُ. (فَإِنْ ضَاعَ) المالُ (مِنْ يَدِهِ) أي: يدِ الثَّاني (قَبْلَ

(قوله: إِلَّا إِذَا كَانَتِ الثَّانِيَةُ فَاسِدَةً) قال في «البحر»: وإن كانت إحداهما فاسدةً أو كلاهما؛ فلا ضمانَ على واحدٍ منهما، وللعامل أجرُ المثل على المضارب الأوَّل، ويَرجعُ به الأوَّلُ على ربِّ المال، والوضيعةُ على ربِّ المال، والرِّبحُ بين الأوَّل وربِّ المال على الشَّرط بعد أخذِ الثَّاني أُجرتَه إذا كانت المضاربةُ الأولى صحيحةً، فللأوَّل أجرُ مثله. اهـ[1]. أي: لأنَّه حينئذٍ يكون الثَّاني أجيراً، والمضاربُ له أن يستأجرَ. قال في «التبيين»: هذا إذا كانت المضاربتانِ صحيحتَيْن، وأمَّا إذا كانت إحداهما فاسدةً أو كلتاهما؛ فلا ضمانَ على واحدٍ منهما؛ لأنَّه إن كان الثَّانيةُ هي الفاسدةَ؛ صار الثَّاني أجيراً، وللأوَّل أن يَستأجرَ مَنْ يعملُ في المال، وإن كانت هي الأولى؛ فكذلكَ؛ لأنَّ فسادَها يُوجبُ فسادَ الثَّانية؛ لأنَّ الأولى لَمَّا فسدتْ؛ صارتْ إجارةً، وصار الرِّبحُ كلُّه لربِّ المال، ولو صحَّتِ الثَّانيةُ في هذه الحالة؛ لصار الثَّاني شريكاً، وليس للأجير أن يُشاركَ غيرَه، فكانت فاسدةً بالضَّرورة وكانا أجيرَيْن، وكذا إذا كانتا فاسدتَيْن وإذا كانا أجيرَيْن؛ لا يضمنُ واحدٌ منهما. اهـ بتصرُّفٍ مَّا[2]. والحاصلُ: أنَّ صحَّةَ الثَّانية فرعٌ عن صحَّة الأولى، فلا تصحُّ الثَّانيةُ إلا إذا كانت الأولى صحيحةً، فاشتراطُ صحَّة الثَّانية اشتراطٌ لصحَّة الأولى.

(قوله: عَلَى المُضَارِبِ الأَوَّلِ) ويَرجعُ به الأوَّلُ على ربِّ المال.

(قوله: وَلِلْأَوَّلِ الرِّبْحُ المَشْرُوطُ) يعني: والرِّبحُ بين الأولى وربِّ المال على الشَّرط بعد أخذِ الثَّاني أجرتَه إذا كانت المضاربةُ الأولى صحيحةً، وإلا فللأوَّل أجرُ مثله أيضاً، وربحُ كلِّه لربِّ المال كما ذكرنا.

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٦.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٤.

العَمَلِ) الموجِب للضَّمان؛ (فَلَا ضَمَانَ) على أحدٍ، (وَكَذَا) لا ضمانَ (لَوْ غُصِبَ المَالُ مِنَ الثَّانِي، وَ) إنَّما (الضَّمَانُ عَلَى الغَاصِبِ فَقَطْ، وَلَوِ اسْتَهْلَكَهُ الثَّانِي أَوْ وَهَبَهُ؛ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ خَاصَّةً، فَإِنْ عَمِلَ) حتَّى ضُمِّنَه؛ (خُيِّرَ رَبُّ المَالِ: إِنْ شَاءَ ضَمَّنَ) المضاربَ (الأَوَّلَ رَأْسَ مَالِهِ، ....

(قوله: وَلَوِ اسْتَهْلَكَهُ الثَّانِي) قال الأتقانيُّ: والحاصلُ: أنَّه لا ضمانَ على واحدٍ منهما قبل عمل الثَّاني في ظاهر الرِّواية عند علمائنا الثَّلاثة، وإذا عملَ الثَّاني في المال: إن عَمِلَ عملاً لم يَدخلْ تحت المضاربة بأن وهبَ المضاربُ الثَّاني المالَ من رجلٍ أو استهلكَه؛ فالضَّمانُ على الثَّاني دون الأوَّل، وإن عملَ عملاً دخلَ تحت المضاربة بأن اشترى بالمال شيئاً، فإن رَبِحَ؛ فعليهما الضَّمانُ، وإن لم يَربحْ؛ فلا ضمانَ على واحدٍ منهما في ظاهر الرِّواية. اهـ. وفيه تأمُّلٌ. ط[1].

(قوله: فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ خَاصَّةً) والأشهرُ الخيارُ، فيُضمِّنُ أيَّهما شاءَ كما في «الاختيار»[2].

(قوله: فَإِنْ عَمِلَ حَتَّى ضُمِّنَهُ) "حتى" للتَّفريع، فإنَّ الضَّمانَ مرتَّبٌ بالعمل فقط، و(ضمِّن) بالبناء للمجهول، فإنَّ الضَّمانَ مرتبطٌ بالعمل فقط.

(قوله: خُيِّرَ رَبُّ المَالِ) قال في «التَّبيين»: ثمَّ ربُّ المال بالخيار: إن شاءَ ضمَّنَ الأوَّلَ رأسَ ماله؛ لأنَّه صار غاصباً بالدَّفع إلى غيره بغير إذنه، وإن شاءَ ضمَّنَ الثَّانيَ؛ لأنَّه قبضَ مالَ الغير بغير إذن صاحبه. فإن ضمَّن الأوَّلَ؛ صحَّت المضاربةُ بين الأوَّل والثَّاني، والرِّبحُ بينهما على ما شَرَطا؛ لأنَّه بأداء الضَّمان مَلَكَه من وقتِ خالَفَ، فصارَ كما لو دفع مالَ نفسه مضاربةً إلى الثَّاني. وإن ضمَّنَ الثَّانيَ؛ يرجعُ بما ضمنَ على الأوَّل؛ لأنَّه التزمَ

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٧.

(٢) «الاختيار»: ٣/ ٢٣.

وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الثَّانِيَ) وإن اختارَ أخذَ الرِّبحِ ولا يُضمِّنُ؛ ليس له ذلكَ. «بحر»[1]. (فَإِنْ

له سلامةَ المقبوض له عن الضَّمان، فإذا لم يَسلمْ رجعَ عليه بالمخالفة؛ إذ هو مغرورٌ من جهته كمودَعِ الغاصب، وصحَّت المضاربةُ بينهما؛ لأنَّه لَمَّا كان قرارُ الضَّمان عليه ملكَ المدفوعَ مستنداً إلى وقت التَّعدِّي، فتبيَّنَ أنَّه دفعَ مضاربةً ملكَ نفسه، ويكون الرِّبحُ بينهما على ما شَرَطا؛ لصحَّة المضاربة، ويطيبُ للثَّاني ما ربحَ؛ لأنَّه يَستحقُّه بالعمل، ولا خُبْثَ في عمله، ولا يطيبُ للأوَّل؛ لأنَّه يَستحقُّه برأس المال، وملكُه فيه ثبتَ مُستنداً، فلا يخلو عن شُبهةٍ، فيكون سبيلُه التَّصدُّقَ. اهـ[2]. لأنَّ الثَّابتَ بالاستناد ثابتٌ من وجهٍ دون وجهٍ، فلا يثبتُ الملكُ من كلِّ وجهٍ، فيتمكَّنُ الخبثُ في الرِّبح، فلا يطيبُ. اهـ أتقاني.

وفي «البحر»: ولو دفعَ الثَّاني مضاربةً إلى ثالثٍ وربحَ الثَّالثُ أو وضعَ، فإن قال الأوَّلُ للثَّاني: اعملْ فيه برأيكَ؛ فلربِّ المال أن يُضمِّنَ أيَّ الثَّلاثة شاءَ، ويرجعُ الثَّالثُ على الثَّاني والثَّاني على الأوَّل، والأوَّلُ لا يَرجعُ على أحدٍ إذا ضمَّنَه ربُّ المال، وإلا لا ضمانَ على الأوَّل، وضمنَ الثَّاني والثَّالث. كذا في «المحيط»[3]. وقولُه: "وإلا لا ضمانَ على الأوَّل" أي: إن لم يقل الأوَّلُ للثَّاني: "اعملْ فيه برأيكَ".

(قوله: وَإِنْ شَاءَ ضَمَّنَ الثَّانِيَ) فيه إشعارٌ بأنَّه إذا ضمنَ؛ يرجعُ على الأوَّل، ويطيبُ الرِّبحُ له دون الأوَّل؛ لأنَّه مَلكَه مستنداً. قهستاني[4].

(قوله: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ) لأنَّ المالَ بالعمل صار غصباً، وليس للمالك إلا تضمينَ البدل عند ذهاب العين المغصوبة، وليس له أن يأخذَ الرِّبحَ من الغاصب. كذا ظهرَ لي. ط[5].

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٦.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٤.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٦.

(٤) «جامع الرموز»: ص٥٠٥ عن «الهداية».

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٧- ٣٦٨.

أَذِنَ) المالكُ (بِالدَّفْعِ، وَدَفَعَ بِالثُّلُثِ وَقَدْ قِيلَ) للأوَّل: ("مَا رَزَقَ اللهُ فَبَيْنَنَا نِصْفَانِ"؛ فَلِلْمَالِكِ النِّصْفُ) عملاً بشرطه، (وَلِلْأَوَّلِ السُّدُسُ البَاقِي، وَلِلثَّانِي الثُّلُثُ) المشروطُ، (وَلَوْ قِيلَ: "مَا رَزَقَكَ اللهُ" بِكَافِ الخِطَابِ) والمسألةُ بحالها؛ (فَلِلثَّانِي ثُلُثُهُ، وَالبَاقِي بَيْنَ الأَوَّلِ وَالمَالِكِ نِصْفَانِ) ....

(قوله: فَإِنْ أَذِنَ) مفهومُ قوله: (بلا إذن).

(قوله: عَمَلاً بِشَرْطِهِ) لأنَّه شرطَ نصفَ جميع الرِّبح له.

(قوله: البَاقِي) أي: الفاضلُ عمَّا اشترطَه للثَّاني؛ لأنَّ ما أوجَبَه الأوَّلُ له يَنصرفُ إلى نصيبه خاصَّةً؛ إذ ليس له أن يُوجبَ شيئاً لغيره من نصيب المالك، وحيث أوجبَ للثَّاني الثُّلثَ من نصيبه ـ وهو النِّصفُ ـ يَبقى له السُّدسُ.

قال في «البحر»: وطلبُ الرِّبح للجميع؛ لأنَّ عملَ الثَّاني عملٌ عن المضارب، كالأجير المشترك إذا استأجرَ آخرَ بأقلَّ مما استُؤجرَ[1].

(قوله: وَلِلثَّانِي الثُّلُثُ المَشْرُوطُ) لأنَّ الدَّفعَ الثَّاني صحيحٌ؛ لأنَّه بأمر المالك، وقد شرطَ لنفسه نصفَ جميع ما رزقَ اللهُ، وجعلَ الأوَّلُ للثَّاني ثُلُثَه، فيَنصرفُ ذلك إلى نصيبه... إلى آخر ما تقدَّم. وكان المناسبُ أن يقول: من كلِّ المال عِوَضاً عن قوله: (الباقي).

(قوله: وَالبَاقِي بَيْنَ الأَوَّلِ وَالمَالِكِ نِصْفَانِ) لأنَّ ربَّ المال هنا شرطَ أن يكون ما رزقَ اللهُ المضاربَ الأوَّلَ بينهما نصفينِ، والمرزوقُ للأوَّل هو الثُّلثانِ؛ لأنَّ الثُّلثَ استحقَّه الثَّاني بشرط الأوَّل، وهو مأذونٌ له، فلم يكن من رزق الأوَّل إلا الثُّلُثان، فيكون ذلك بينهما نصفينِ، ويطيبُ لهم بلا شُبهةٍ أيضاً. عيني[2].

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٦.

(٢) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٥.

باعتبار الكاف، فيكون لكلٍّ ثُلثٌ، (وَمِثْلُهُ "مَا رَبِحْتَ مِنْ شَيْءٍ"، أَوْ "مَا كَانَ لَكَ فِيهِ مِنْ رِبْحٍ") ونحوُ ذلك، وكذا لو شُرطَ للثَّاني أكثرُ من الثُّلُث أو أقلُّ؛ فالباقي بين المالك والأوَّل. (وَلَوْ قَالَ لَهُ: "مَا رَبِحتَ بَيْنَنَا نِصْفَانِ"، وَدَفَعَ بِالنِّصْفِ؛ فَلِلثَّانِي النِّصْفُ، وَاسْتَوَيَا فِيمَا بَقِيَ) لأنَّه لم يَربحْ سواهُ. (وَلَوْ قِيلَ: "مَا رَزَقَ اللهُ فَلِي نِصْفُهُ"، أَوْ "مَا كَانَ مِنْ فَضْلِ اللهِ فَبَيْنَنَا نِصْفَانِ"، فَدَفَعَ بِالنِّصْفِ؛ فَلِلْمَالِكِ النِّصْفُ، وَلِلثَّانِي كَذَلِكَ، وَلَا شَيْءَ لِلْأَوَّلِ)

(قوله: بِاعْتِبَارِ الكَافِ) أي: في قوله: (ما رزقكَ)، فقد جعلَ المناصفةَ فيما رزقَ المضاربُ الأوَّلُ، وهو لم يُرزقْ إلا الثُّلثينِ، فينصَّفانِ.

(قوله: وَنَحْوُ ذَلِكَ) كـ"ما كان لكَ من فضل الله، أو النَّماء، أو الزِّيادة".

(قوله: وَلَوْ قَالَ لَهُ) أي: ربُّ المال للمضارب.

(قوله: وَاسْتَوَيَا فِيمَا بَقِيَ) لأنَّ الأوَّلَ شرطَ للثَّاني النِّصفَ، وشرطُه صحيحٌ؛ لأنَّه بإذن المالك، واستَوَيا فيما بقيَ، وهو النِّصفُ؛ لأنَّ ربَّ المال لم يَشترطْ لنفسه هنا إلا نصفَ ما رَبحَه الأوَّلُ، ولم يُربحِ الثَّاني الأوَّلَ إلا النِّصفَ، والنِّصفُ الآخرُ صار للثَّاني بشرطه، فلم يكن من ربح الأوَّل. عيني[1].

أقول: لا فرقَ بين هذه والتي تقدَّمتْ إلا من حيث اشتراطُ المضارب الثَّاني، فإنَّ في الأوَّل شرطَ له الثُّلثُ، فكان ما بقيَ بينهما، وفي الثَّاني شرطَ له النِّصفُ، فكان النِّصفُ الباقي بينهما. كذا في بعض الحواشي.

(قوله: وَلَا شَيْءَ لِلْأَوَّلِ) لأنَّ قولَ ربِّ المال: "ما رزقَ اللهُ"، أو "ما كان من فضلٍ"؛

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٥.

لجعلِه مالَه للثَّاني. (وَلَوْ شَرَطَ) الأوَّل (لِلثَّانِي ثُلُثَيْهِ) والمسألةُ بحالها؛ (ضَمِنَ الأَوَّلُ لِلثَّانِي سُدُسًا) بالتَّسمية؛ لأنَّه التزمَ سلامةَ الثُّلُثين، (وَإِنْ شَرَطَ) المضارِبُ (لِلْمَالِكِ ثُلُثَهُ، وَ) شرطَ (لِعَبْدِ المَالِكِ ثُلُثَهُ) وقولُه: (عَلَى أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ) ....

يَنصرفُ إلى جميع الرِّبح، فيكون له النِّصفُ من الجميع، وقد شرطَ المضاربُ الأوَّلُ للثَّاني جميعَ الرِّبح، فلم يبقَ للأوَّل شيءٌ. عيني[1].

(قوله: ضَمِنَ الأَوَّلُ لِلثَّانِي سُدُسًا) لأنَّ ربَّ المال شرطَ لنفسه النِّصفَ من مطلق الرِّبح، فله ذلكَ، واستحقَّ المضاربُ الثَّاني ثُلُثي الرِّبح بشرط الأوَّل؛ لأنَّ شرطَه صحيحٌ لكونه معلومًا، لكن لا ينفذُ في حقِّ ربِّ المال؛ إذ لا يَقدرُ أن يُغيِّرَ شرطَه، فيغرمُ له قَدْرَ السُّدُس؛ لأنَّه ضمنَ له سلامةَ الثُّلُثين بالعقد؛ لأنَّه غرَّه في ضمن عقد المضاربة. عيني[2].

(قوله: لِأَنَّهُ الْتَزَمَ سَلَامَةَ الثُّلُثَيْنِ) قال في «الدُّرَر»: لأنَّه شرطَ للثَّاني شيئًا هو مُستحقٌّ للمالك، وهو السُّدُسُ، فلم ينفذْ في حقِّ المالك، ووجبَ عليه الضَّمانُ بالتَّسمية؛ لأنَّه التزمَ السَّلامةَ، فإذا لم يَسلمْ رجعَ عليه، كمن استأجرَ رجلًا ليَخيطَ له ثوبًا بدرهمٍ، فاستأجرَ الأجيرُ رجلًا آخرَ ليَخيطَ بدرهمٍ ونصفٍ، فإنَّه يضمنُ له زيادةَ الأجر. اهـ[3].

(قوله: وَشَرَطَ لِعَبْدِ المَالِكِ) التَّقييدُ بعبد المالك ليس للاحتراز؛ لأنَّ عبدَ المضارب كذلكَ. وقيل: التَّقييدُ به لدفع توهُّمِ أنَّ يدَه للمولى، فلم يحصلِ التَّخليةُ، وعليه كلامُ «الدُّرَر»[4]. وقيل: لِمَا فيه خلافٍ بين أصحاب الشَّافعيِّ والحنبليِّ وغيرهما لا لأحدٍ.

---

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٥.

(٢) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٥.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٣١٥.

(٤) «درر الحكام»: ٢/ ٣١١.

وعبدُ المالك وعبدُ المضارب سواءٌ في جواز الشَّرط والمضاربة لو شرطَ العملُ، وإن لم يُشترطْ؛ ففي عبد المالك كذلكَ، وفي عبد المضارب كذلك عندهما، وعلى قول أبي حنيفةَ: لم يصحَّ الشَّرطُ، ويكون المشروطُ لربِّ المال، كما لم يصحَّ الشَّرطُ لأجنبيٍّ أو لمن لا يُقبلُ شهادةُ المضارب أو شهادةُ ربِّ المال، له فيكون المشروطُ لربِّ المال. هذه زُبدة ما في «الذَّخيرة» و«البيانيَّة»[1].

قال في «البحر»: قيَّد بعبد ربِّ المال؛ لأنَّ عبدَ المضارب لو شرطَ له شيءٌ من الرِّبح ولم يُشترطْ عملُه؛ لا يجوزُ، ويكون ما شرطَ له لربِّ المال إذا كان على العبد دَينٌ، وإلا لا يصحُّ سواءٌ شرطَ عملُه أو لا، ويكون للمضارب. وقيَّدَ بكون العاقد المولى؛ لأنَّه لو عقدَ المأذونُ له عقدَها مع أجنبيٍّ وشرطَ عملَ مولاه؛ لا يصحُّ إن لم يكن عليه دَينٌ، وإلا صحَّ كما يأتي. وشملَ قولُه: "العبد" ما لو شرطَ للمكاتب بعضُ الرِّبح، فإنَّه يصحُّ، وكذا لو كان مكاتبَ المضارب، لكن بشرط أن يُشترطَ عملُه فيهما، وكان المشروطُ للمكاتب له لا لمولاه، وإن لم يُشترطْ عملُه لا يجوزُ. وعلى هذا غيرُه من الأجانب، فتصحُّ المضاربةُ، وتكون لربِّ المال، ويبطلُ الشَّرطُ. اهـ[2]. وسيأتي الكلامُ فيه. والمرأةُ والولدُ كالأجانب هنا. كذا في «النِّهاية»[3]. وقيَّد باشتراط عمل العبد؛ لأنَّ اشتراطَ عملِ ربِّ المال مع المضارب مُفسدٌ لها كما سيأتي.

(١) «الذخيرة البرهانية»: ١١/ ٣٥٣- ٣٥٤.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٧.

(٣) «النهاية»: ص٣٢٤ (ت: العتيبي).

عاديٌّ وليس بقيدٍ، (وَ) شرطَ (لِنَفْسِهِ ثُلُثَهُ؛ صَحَّ) وصارَ كأنَّه اشترطَ للمولى ثُلُثي الرِّبح. كذا في عامَّةِ الكتب. وفي نُسَخ المتن والشَّرْح هنا خلطٌ. فاجتَنِبْه.

(قوله: عَادِيٌّ) أي: اشتراطُ عمل العبد عاديٌّ، فإنَّ العادةَ في نحو ذلك أن يكون العبدُ مُعيناً في العمل، فهو اتِّفاقيٌّ لا احترازيٌّ.

(قوله: وَلَيْسَ بِقَيْدٍ) أي: للصحَّة؛ إذ لو اشتُرِطَ له الثُّلثُ ولم يُشترطْ عملُه؛ صحَّ ويكون لمولاهُ، لكن فائدةُ اشتراط عمله تظهرُ في أخذ غرمائه ما شرطَ له حينئذٍ، وإلا فليس لهم، بل للمولى. قال الزَّيلعيُّ: وهذا ظاهرٌ؛ لأنَّه باشتراط عملِه صارَ مضارباً في مال مولاه، فيكون كسبُه له، فيأخذُه غرماؤه، وإلا فهو للمولى... إلخ[1]. واستُفيدَ منه: أنَّه إذا اشتُرِطَ عملُه فلم يعملْ؛ لم يكن للغرماء، بل للمولى؛ لأنَّه حيث لم يعملْ لم يكن من كسبه. أبو السُّعود[2].

(قوله: صَحَّ) أي: تقسيمُ الرِّبح وشرطُ عمل العبد، وعلَّةُ الأوَّل ما ذكره المؤلِّفُ، وعلَّةُ الثَّاني: أنَّ العبدَ أهل أن يضارِبَ في مال مولاه، وللعبد يدٌ حقيقةً ولو كان محجوراً، حتَّى يُمنعُ السيِّدُ عن أخذ ما أودَعَه عبدُه المحجورُ، والعبدُ هنا صار مأذوناً باشتراط العمل عليه، فلا يدَ لمولاه بعد تسليم المال إليه، فصحَّت المضاربةُ. زيلعي[3].

(قوله: وَفِي نُسَخِ المَتْنِ وَالشَّرْحِ هُنَا خَلْطٌ) أي: في تعبيره للمالك بثُلُثين، أو في تعبيره في بعض النُّسَخ بالثَّاني، أمَّا نسخُ المتن؛ فقد رأيتُ في نسخةٍ منه: (ولو شرط للثَّاني ثُلُثَيْه ولعبد المالك ثُلُثَه على أن يعملَ معه ولنفسه ثلثه صحَّ). اهـ. وهو فاسدٌ كما ترى؛ لعدم اجتماع أثلاثٍ أربعةٍ، ولعدم وجود مضاربٍ ثانٍ في المسألة. وأما الشَّرحُ فنصُّه: وقولُه:

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٥.

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ١٩٦.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٥.

(وَلَوْ عَقَدَهَا المَأْذُونُ مَعَ أَجْنَبِيٍّ، وَشَرَطَ المَأْذُونُ عَمَلَ مَوْلَاهُ؛ لَمْ يَصِحَّ إِنْ لَمْ يَكُن) المأذونُ (عَلَيْهِ دَيْنٌ) لأنَّه كاشتراطِ العمل على المالك، (وَإِلَّا صَحَّ) لأنَّه حينئذٍ لا يملكُ كسبَه. (وَاشْتِرَاطُ عَمَلِ رَبِّ المَالِ مَعَ المُضَارِبِ مُفْسِدٌ) للعقد؛ لأنَّه يمنعُ التَّخليةَ، فيمنعُ الصحَّةَ، (وَكَذَا اشْتِرَاطُ عَمَلِ المُضَارِبِ مَعَ مُضَارِبِهِ، أَوْ عَمَلِ رَبِّ المَالِ مَعَ)

(على أن يعمل معه) عاديٌّ وليس بقيدٍ، بل يصحُّ الشَّرطُ ويكون لسيِّده، وإن لم يُشرطْ عملُه لا يجوز. اهـ. فإنَّ الصَّوابَ حذفُ قوله: لا يجوز؛ لِمَا علمت من العبارة السَّابقة. اهـ حلبي بإيضاحٍ. ط[1].

أقول: وسبق الشَّارحَ إلى التَّنبيه على ذلك محشِّي «المنح» العلَّامةُ الخير الرَّمليُّ[2].

(قوله: إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ) أي: مستغرقٌ لماله ورقبته؛ لأنَّه به يخرجُ المالُ عن ملك سيِّده، وهذا عند الإمام كما تقدَّم ويأتي؛ لأنَّ المولى لا يملكُ كسبَ عبده المديون، فصارَ من أهل أن يَعملَ في مال المضاربة. وعندهما: يملكُ سيِّدُه ما في يده، وإن أحاطَ دَينُه بماله ورقبته؛ فينبغي أن لا يصحَّ اشتراطُ العمل على المولى عندهما مطلقاً. فليُراجعْ.

(قوله: لا يَمْلِكُ كَسْبَهُ) فصار السيِّدُ من أهل أن يعملَ في مال المضاربة، وهذا على الخلاف كما سمعتَ.

(قوله: وَاشْتِرَاطُ عَمَلِ رَبِّ المَالِ مَعَ المُضَارِبِ مُفْسِدٌ... إلخ) لأنَّ المضاربةَ لا بُدَّ فيها من عمل المضارب، ولا يمكنُه العملُ مع عدم التَّخلية، وهي العلَّةُ في المسألة الثَّانية والثَّالثة، وهذه المسألةُ كالتَّعليل لما قبلها، فكان الأَوْلى تقديمُها وتفريعُ الأولى عليها.

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٨.

(٢) «لوائح الأنوار»: ق٧٠/آ- ب ولي الدين.

المضارب (الثَّانِي) بخلافِ مكاتَبٍ شَرطَ عملَ مولاه، كما لو ضارَبَ مولاهُ. (وَلَوْ شُرِطَ بَعْضُ الرِّبْحِ لِلْمَسَاكِينِ، أَوْ لِلْحَجِّ، أَوْ فِي الرِّقَابِ) أو لامرأةِ المضارب، أو مُكاتَبِه؛ صحَّ العقدُ، ....

(قوله: بِخِلَافِ مُكَاتَبٍ شَرَطَ عَمَلَ مَوْلَاهُ) أي: إذا دفعَ المكاتبُ مالَ مضاربةٍ لآخرَ وشرطَ عملَ مولاه فيها؛ فإنَّه لا يفسدُ مطلقاً، سواءٌ كان عليه دَيْنٌ أو لا؛ لأنَّه لا يملكُ أكسابَه؛ لأنَّه يُعاملُ معاملةَ الأحرار فيما في يده، فإن عجزَ قبل العمل ولا دَيْنَ عليه؛ فسدتْ كما في «البحر»[1]. وكان الأنسبُ ذكرَه بعد مسألة المأذون.

(قوله: كَمَا لَوْ ضَارَبَ مَوْلَاهُ) فإنَّه يصحُّ لِمَا قلنا.

(قوله: أَوْ فِي الرِّقَابِ) أي: فكُّها من أسرِ الرِّقِّ، وفسادُ الشَّرط في الثَّلاثة؛ لعدم اشتراط العمل كما سيظهرُ.

(قوله: أَوْ لِامْرَأَةِ المُضَارِبِ أَوْ مُكَاتَبِهِ... إلخ) لكن عدمُ صحَّة الشَّرط في هذَيْن إذا لم يُشترطْ عملُهما كما سيشيرُ إليه بقوله: (ومتى شرط لأجنبيٍّ... إلخ)، ومرَّ عن «النِّهاية»: أنَّ المرأةَ والولدَ كالأجنبيِّ هنا.

وفي «التَّبيين»: ولو شرطَ بعضَ الرِّبح لمكاتبِ ربِّ المال أو المضارب: إن شرطَ عملَه؛ جازَ وكان المشروطُ له؛ لأنَّه صار مضارباً، وإلا فلا؛ لأنَّ هذا ليس بمضاربةٍ، وإنَّما المشروطُ هبةٌ موعودةٌ، فلا يلزمُ. وعلى هذا غيرُه من الأجانب إن شرطَ لهُ بعضَ الرِّبح وشرطُ عملِه عليه صحَّ، وإلا فلا[2].

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٧.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٦.

و(لَمْ يَصِحَّ) الشَّرطُ، (وَيَكُونُ) المشروطُ (لِرَبِّ المَالِ، وَلَوْ شُرِطَ البَعْضُ لِمَنْ شَاءَ المُضَارِبُ، فَإِنْ شَاءَهُ لِنَفْسِهِ أَوْ لِرَبِّ المَالِ؛ صَحَّ) الشَّرطُ، (وَإِلَّا) بأن شاءَه لأجنبيٍّ؛ (لَا) يصحُّ، ومتى شرطَ البعضَ لأجنبيٍّ: إنْ شرطَ عليه عملُه صحَّ، وإلا لا.

(قوله: وَلَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ) وما في «السِّراجيَّة» من الجواز فيما إذا شرطَ ثلثُ الرِّبح لامرأة المضارب، أو مكاتبه، أو للمساكين، أو في الرِّقاب، أو الحجِّ[1] محمولٌ على جواز عقدٍ لا الشَّرطِ، ويكون ذلك لربِّ المال، فلا يخالفُ ما هنا، ولا يحتاجُ إلى ما وجَّهَه العلَّامة أبو السعود من أنَّ المسألةَ خلافيَّةٌ[2]؛ لأنَّه لم يَقِفْ على هذا التَّوفيق هو ولا شيخُه، فجعل المسألةَ ذاتَ خلافٍ، ومحلُّ عدم الشَّرط في امرأة المضارب ومكاتبه إذا لم يُشترطْ عملُهما.

(قوله: وَيَكُونُ المَشْرُوطُ لِرَبِّ المَالِ) لأنَّه لَمَّا بطلَ الشَّرطُ؛ كان الرِّبحُ تبعـًا لأصله، وهو رأسُ المال، وهو لربِّ المال، فكذا ربحُه.

(قوله: لَا يَصِحُّ) حيث لم يُشرطْ عملُه، فوافَقَ ما بعده.

(قوله: إِنْ شُرِطَ عَلَيْهِ عَمَلُهُ صَحَّ) أي: الاشتراطُ كالعقد.

(قوله: وَإِلَّا لَا) أي: إن شرطَ البعضَ للأجنبيِّ ولم يُشترطْ عملُه؛ لا يصحُّ الاشتراطُ ويكون لربِّ المال، أمَّا العقدُ فصحيحٌ. واستفيدَ من هذا الشَّرط: أنَّه لا يُشترطُ المساواةُ بين المضاربين في المال الواحد؛ لأنَّه أطلقَ البعضَ، فشملَ ما إذا كان مثلَ ما شرطَ للمضارب أو أقلَّ أو أكثرَ؛ لأنَّ أحدَهما قد يكون أهدى للعمل أو فيه مرجِّحٌ آخرُ كما

(١) «الفتاوى السراجية»: ص٥٣١.

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ١٩٧.

قلتُ: لكن في القُهُستانيِّ: إنَّه يصحُّ مطلقاً، والمشروطُ للأجنبيِّ إن شُرطَ عملُه، وإلا فللمالك أيضاً. وعزاهُ «للذَّخيرة»، ....

في الشَّركة. والحاصلُ: أنَّ ما شرطَ لثالثٍ: إن كان يرجعُ إلى المضارب؛ جازَ ويكون للمضارب كاشتراطه لعبده غيرِ المديون، وإلا فهو لربِّ المال. والفرقُ: أنَّ شرطَ الرِّبح لعبده كالشَّرط له، فيصحُّ له، بخلاف الشَّرط لزوجته ونحوها؛ لأنَّه لا يثبتُ الملكُ له؛ لأنَّ الزَّوجةَ والولدَ كالأجنبيِّ هنا كما قدَّمْناه. وفهِمَ هذا من قول القُهُستانيِّ: وفيه إشارةٌ إلى أنَّه إن شرطَ شيءٌ لعبد المضارب أو لأجنبيٍّ ليَعملَ مع المضارب؛ صحَّ، والمشروطُ للمضارب يعني: في الأولى، وللأجنبيِّ يعني: في الثَّانية، وإلى أنَّه لو لم يُشترطْ عملُ أحدٍ منهم؛ صحَّ العقدُ، والمشروطُ للمالك سواءٌ كان على العبد دَيْنٌ أو لا. وتمامُه في «الذخيرة»[1]. فليتَ الشَّارحَ سلكَ هذا النِّظام، ولم يُغيِّرِ التَّحريرَ والبيان.

(قوله: لَكِنْ فِي القُهُسْتَانِيِّ[2]) لا محلَّ للاستدراك مع هذا التَّقرير؛ لأنَّ قولَه: (يصحُّ مطلقاً) أي: عقدُ المضاربة صحيحٌ، سواءٌ شرطَ عملُ الأجنبيِّ أو لا، غير أنَّه إن شرطَ عملُه فالمشروطُ له، وإلا فلربِّ المال؛ لأنَّه بمنزلة المسكوت عنه. ولو كان المرادُ: أنَّ المشروطَ صحيحٌ مطلقاً؛ نافى قولَه: (وإلا) أي: وإن لم يُشترطْ عملُه (فللمالك).

(قوله: وَإِلَّا فَلِلْمَالِكِ) أي: وإن لم يُشترطْ عملُه فللمالك. قال في «النِّهاية» معزيّاً «للذَّخيرة»: إذا شرطَ في المضاربة بعضُ الرِّبح لغير المضارب، فإن كان لأجنبيٍّ وشرطَ عملُه؛ فالمضاربةُ جائزةٌ، والشَّرطُ جائزٌ، ويصيرُ ربُّ المال دافعاً المالَ مضاربةً لرجلين.

(١) «الذخيرة البرهانية»: ١١/ ٣٥٣، «جامع الرموز»: ص٥٠٦.

(٢) «جامع الرموز»: ص٥٠٦.

خلافًا للبرجنديِّ وغيره. فتنبَّهْ. ولو شُرطَ البعضُ لقضاء دينِ المضارِب أو دينِ المالك؛ جازَ، ويكونُ للمشروط له قضاءُ دينه، ولا يُلزَمُ بدفعه لغرمائه. «بحر».

وإن لم يُشترطْ عملُ الأجنبيِّ؛ فالمضاربةُ جائزةٌ والشَّرطُ باطلٌ، ويجعلُ المشروطُ للأجنبيِّ كالمسكوت عنه، فيكون لربِّ المال. اهـ[1].

(قولـه: خِلَافًا لِلْبُرْجُنْـدِيِّ) كلامُـه فـي العبـد لا فـي الأجنبـيِّ كمـا يُعلـمُ بمراجعـة «شرح الملتقى»[2].

(قوله: جَازَ) قال في «البحر»: وإذا كان الاشتراطُ للعبد اشتراطًا لمولاهُ؛ فاشتراطُ بعض الرِّبح لقضاءِ دَيْن المضارب أو لقضاء دَيْن ربِّ المال جائزٌ بالأَوْلى... إلى آخر ما هنا[3].

(قوله: وَيَكُونُ) أي: البعضُ. (قوله: قَضَاءُ دَيْنِهِ) اسمُ (يكون) ضميرٌ يعودُ على البعض، والجارُّ والمجرورُ هو الخبرُ، و(قضاء دينه) نائبُ فاعل المشروط، والمعنى: ويكون ذلك البعضُ للذي شرطَ له قضاءُ دَيْنه من المضارب أو المالك. واستُفيدَ مما مرَّ: أنَّه لا بُدَّ أن يكون البعضُ شائعًا في جميع المال كالثُّلث والرُّبع والسُّدُس، أمَّا لو كانتْ دراهمَ معيَّنةً؛ فإنَّه تفسدُ به المضاربةُ؛ لأنَّه يُؤدِّي لقطع الشِّركة في الرِّبح، وإنَّما أطلَقَه هنا اعتماداً على ما قدَّمَه بأن لا يُشترطَ لأحدهما دراهمُ مسمَّاةٌ من الرِّبح.

(قوله: وَلَا يُلْزَمُ) أي: كلٌّ من المالك والمضارب. وعبارةُ «البحر»: ولا يُجبرُ على دفعه لغرمائه[4].

---

(١) «الذخيرة البرهانية»: ١١/ ٣٥٣، «النهاية»: ص٣٢٣ (ت: العتيبي).

(٢) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٣٠ (بهامش مجمع الأنهر).

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٧.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٧.

(وَتَبْطُلُ) المضاربةُ (بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا) لكونها وكالةً، وكذا بقتلِه، وحجرٍ يَطرأُ على أحدهما، وبجنونِ أحدهما مُطبقاً. قهستاني[1]. وفي «البزَّازيَّة»: ماتَ المضارِبُ والمالُ عُروضٌ باعَها وَصيُّه، ولو ماتَ ربُّ المال والمالُ نقدٌ؛ ....

(قوله: بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا) سواءٌ علمَ المضاربُ بموت ربِّ المال أم لم يَعلمْ، حتَّى لا يملكُ الشِّراءَ بعد ذلك بمال المضاربة، ولا يملكُ السَّفَرَ، ويملكُ بيعَ ما كان عَرضاً لنضِّ المال؛ لأنَّه عزلٌ حكميٌّ. قاضيخان[2].

(قوله: وَحَجْرٍ يَطْرَأُ عَلَى أَحَدِهِمَا) بجنونٍ، أو سَفَهٍ، أو حجرِ مأذونٍ.

(قوله: وَبِجُنُونِ أَحَدِهِمَا مُطْبَقاً) هو داخلٌ تحت قوله: (وحجر)، إلا أنَّه ذَكرَه لتقييده بالإطباق.

(قوله: بَاعَهَا وَصِيُّهُ) أي: وصيُّ المضارب؛ لأنَّ العزلَ لا يمكنُ حينئذٍ في المضارب، فلا يجري على وصيِّه. وقيل: إنَّ ولايةَ البيع تكون لربِّ المال ووصيِّ المضارب كلَيْهما، وهو الأصحُّ؛ لأنَّ الحقَّ كان للمضارب، ولكن الملكَ لربِّ المال، فصار بمنزلة مالٍ مشتركٍ بين اثنينِ، فيكون الأمرُ إليهما. اهـ. قلتُ: فلو لم يكن له وصيٌّ: هل يَستبدُّ المالكُ بالبيع، أو ينصبُ القاضي وصيّاً يبيعُ معه؟ الظَّاهرُ: نعم. حموي[3].

والذي في «الهنديَّة»: فإن لم يكن له وصيٌّ؛ جعلَ القاضي له وصيّاً يَبيعُها، فيُوفي ربَّ

(١) «جامع الرموز»: ص٥٠٦ عن «النظم».

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٢.

(٣) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧٣/ ب شهيد علي باشا، وفيه: (ينظر) بدل (الظاهر نعم).

تَبطلُ في حقِّ التَّصرُّف، ولو عَرْضاً؛ تَبطلُ في حقِّ المسافَرةِ لا التَّصرُّف، ....

المال رأسَ ماله وحصَّتَه من الرِّبح، ويُعطي حصَّةَ المضارب من الرِّبح غرماءَه[1]، أي: إن كان له غرماءُ، فغرماءُ المضارب لا يأخذونَ عُروضَها؛ لأنَّها مالُ الغير. ط[2].

(قوله: تَبْطُلُ فِي حَقِّ التَّصَرُّفِ) أي: ولا تبطلُ في حقِّ كونه وديعةً.

(قوله: تَبْطُلُ فِي حَقِّ المُسَافَرَةِ) أي: إلى غير بلد ربِّ المال، فلو أتى مصراً واشترى شيئاً، فمات ربُّ المال وهو لا يعلمُ، فأتى بالمتاع مصراً آخرَ؛ فنفقةُ المضارب في مال نفسه، وهو ضامنٌ لِمَا هلكَ في الطَّريق، فإن سلَّمَ المتاعَ؛ جازَ بيعُه لبقائها في حقِّ البيع، ولو خرجَ من ذلك المصر قبل موت ربِّ المال، ثمَّ ماتَ؛ لم يضمنْ نفقتَه في سفره. اهـ «بزَّازية»[3]. وقولُه: "فأتى بالمتاع مصراً" يعني: غيرَ مصرِ ربِّ المال، فإنَّه لو أخرَجَه - يعني: بعد موت ربِّ المال - إلى مصرِ ربِّ المال؛ لا يضمنُ؛ لأنَّه يجب عليه تسليمُه فيه. ذكره فيها أيضاً وذكرَه قاضيخان[4]. لكن تقدَّم أنَّ التَّخصيصَ يصحُّ قبل صيرورتها عُروضاً لا بعده، وكلُّ موضعٍ صحَّ العزلُ فيه صحَّ التَّخصيصُ فيه، وما لا فلا.

ونقلَ في «النِّهاية»: أنَّه لا يصحُّ نهيُه عن المسافرة في الرِّواية المشهورة، وإن نهاه؛ لم يتعلَّقْ بنهيه حكمٌ حتَّى ينضَّ ثمنَه، نحوُ أن يقول: "لا تَبعْ نسيئةً"؛ لأنَّ حقَّ التَّصرُّف ثابتٌ له؛ لأنَّه يحتاجُ إلى أن يَبيعَه ليظهرَ الرِّبحُ، فإذا نهاهُ عن ذلك؛ فقد أبطلَ حقَّه في التَّصرُّف،

---

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٣٠.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٩.

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٢٩.

(٤) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٢.

فله بيعُه بعَرَضٍ ونقدٍ[1] (وَ) بالحكم (بِلُحُوقِ المَالِكِ مُرْتَدّاً، ....

فلم يصحَّ، وإذا لم يملكْ عزلَه حتَّى ينضَّ؛ لم يملكْ تخصيصَ الإذن أيضـاً؛ لأنَّه عزلٌ من وجهٍ. وأمَّا إذا نهاهُ عن المسافرة؛ لم يصحَّ نهيُه على الرِّوايات المشهورة؛ لأنَّه يملكُ المسافرةَ بإطلاق العقد[2].

ثمَّ قال: وفي «الذَّخيرة»: وكلُّ جوابٍ عرفتَه في الفصول كلِّها إذا منعَ ربُّ [المال] المضاربَ عن التَّصرُّف؛ فهو الجوابُ فيما إذا مات ربُّ المال. اهـ[3]. فعُلِمَ منه أنَّ ما نقله الشَّارحُ هنا من بُطلانها في حقِّ المسافرة على غير الرِّوايات المشهورة. فتدبَّرْ.

(قوله: فَلَهُ بَيْعُهُ) أي: مالِ المضاربة **(بِعَرَضٍ وَنَقْدٍ)** ثمَّ يكون العرضُ الثَّاني كالأوَّل، فله بيعُه بعرضٍ أيضـاً إلى أن يَصيرَ مالُ المضاربة مثلَ رأس المال، وإن كان مالُ المضاربة من جنس رأس المال من حيث الثمنيَّة، إلا أنَّه من خلاف جنسه من حيث الحقيقة، بأن كان رأسُ المال دراهمَ ومالُ المضاربة دنانيرَ، أو على العكس؛ يعملُ نهيُ ربِّ المال إيَّاهُ عمَّا هو شرٌّ من كلِّ وجهٍ، حتَّى لا يملكُ شراءَ العروض به، ويملكُ صرفَه بما هو من جنس رأس المال، أي: مال المضاربة. وعلى هذا موتُ ربِّ المال في بيع العروض، يعني: إذا ماتَ ربُّ المال والمالُ عروضٌ؛ فللمضارب أن يبيعَ العروضَ حتى ينضَّ رأسُ المال ونحوها، بأن كان رأسُ المال دراهمَ والمالُ دنانيرَ؛ كان له أن يبيعَ الدَّنانيرَ كما في العزل. «نهاية»[4].

(قوله: وَبِالحُكْمِ بِلُحُوقِ المَالِكِ مُرْتَدّاً) أي: إذا حُكمَ بلحوقه من يوم ارتدَّ وانتقلَ

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٢٩.

(٢) «النهاية»: ص٣٢٩ (ت: العتيبي).

(٣) «الذخيرة البرهانية»: ١١/ ٤١٥، «النهاية»: ص٣٣٠ (ت: العتيبي).

(٤) «النهاية»: ص٣٣٠ (ت: العتيبي).

فَإِنْ عَادَ بَعْدَ لُحُوقِهِ مُسْلِمًا؛ فَالمُضَارَبَةُ عَلَى حَالِهَا) ....

ملكُه إلى ورثته، فإن كان المالُ يومئذٍ قائماً في يده لم يتصرَّفْ فيه، ثمَّ اشترى بعد ذلك، فما اشتراهُ له ربحُه وعليه وضيعتُه؛ لأنَّه قد انعزلَ عن المضاربة، وزالَ ملكُ الآمر عن المال، فصارَ متصرِّفاً في ملك الورثة بغير أمره. وإن كان المالُ مشاعاً أو عروضاً أو غيرَ الدَّراهم والدَّنانير من سائر الأموال؛ فبيعُ المضارب وشراؤه فيه جائزٌ حتَّى يحصِّلَ رأسَ المال كما في «السِّراج الوهَّاج». وإنَّما بطلتْ؛ لأنَّ اللُّحوقَ بمنزلة الموت، ولهذا يُورثُ مالُه، ويعتقُ أمَّهاتُ أولاده ومدبَّروه. زيلعي[1]. والمرادُ بالمالك: خصوصُ الرَّجل، ولهذا قال في «غاية البيان»: ولو كان ربُّ المال امرأةً، فارتدَّتْ؛ فهي بمنزلة المسلمة؛ لأنَّها لا تُقتلُ، فلم تنعقدِ الرِّدَّةُ سببَ التَّلف في حقِّها. اهـ. وسيشيرُ الشَّارحُ إليه قريباً.

(**قوله: فَإِنْ عَادَ... إلخ**) ينبغي أن يكون هذا إذا لم يُحكمْ بلحوقه، أمَّا إذا حُكمَ بلحوقه؛ فلا تعودُ المضاربةُ؛ لأنَّها بطلتْ كما هو ظاهرُ عبارة الأتقاني في «غاية البيان». لكن في «العناية»: إنَّ المضاربةَ تعودُ سواءٌ حكمَ بلحاقه أم لا. فتأمَّل. ونصُّ عبارته: وإذا ارتدَّ ربُّ المال عن الإسلام ولحقَ بدار الحرب؛ بطلتِ المضاربةُ، يعني: إذا لم يَعُدْ مسلماً، أمَّا إذا عادَ مسلماً قبل القضاء أو بعده كانت المضاربةُ كما كانتْ. اهـ[2].

أقول: لكن يُشكلُ على ما ذكرَ: بأنَّ الباطلَ لا يعود صحيحاً، فكيف تصحُّ المضاربةُ بعد الحكم بلحوقه بعوده والحالُ أنَّها بطلتْ بالحكم بلحوقه؟! إلا أن يجابَ: بأنَّ البطلانَ موقوفٌ إلى حال التَّبيين، فإذا تبيَّنَ رجوعُه؛ بقيتْ على أصلها، ويدلُّ لذلك عبارةُ «غاية

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٦.

(٢) «العناية»: ٨/ ٤٦٧- ٤٦٨.

حُكمَ بلحاقِهِ أم لا. «عناية» (بِخِلَافِ الوَكِيلِ) لأنَّه لا حقَّ له، بخلاف المضارِبِ. (وَلَوِ ارْتَدَّ الْمُضَارِبُ؛ فَهِيَ عَلَى حَالِهَا، فَإِنْ مَاتَ، أَوْ قُتِلَ، أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ وَحُكِمَ بِلَحَاقِهِ؛ بَطَلَتْ) ....

البيان»: كانت المضاربةُ كما كانتْ، فيكون قولُه: "بطلتْ" أي: بُطْلاناً موقوفاً إن تبيَّنَ، وإلا فباتّاً. تأمَّل.

(قوله: حُكِمَ بِلَحَاقِهِ أَمْ لَا) أمَّا قبل الحكم؛ فلأنَّه بمنزلة الغيبة، وهي لا توجبُ بطلانَ المضاربة، وأمَّا بعده فلحق المضارب كما لو ماتَ حقيقةً. ط عن «الشُّرنبلاليَّة»[1].

(قوله: بِخِلَافِ الوَكِيلِ) أي: إذا ارتدَّ الموكِّل وحُكمَ بلحاقه؛ فإنَّ الوكالةَ تبطلُ ولا تعودُ بعوده إلى الإسلام؛ لأنَّ محلَّ التَّصرُّف خرجَ عن ملك الموكِّل، ولم يتعلَّقْ به حقُّ الوكيل.

(قوله: بِخِلَافِ المُضَارِبِ) فإنَّ له حقّاً، فإذا عاد المالكُ؛ فهي على حالها. والأَوْلى حذفُه؛ لأنَّه مستفادٌ مما تقدَّم، فلا حاجةَ إليه.

(قوله: وَلَوِ ارْتَدَّ المُضَارِبُ فَهِيَ عَلَى حَالِهَا) عندهما، حتَّى لو تصرَّفَ وربحَ ثمَّ قُتلَ؛ كان ربحُه بينهما على ما شرطا. اهـ «برهان». فإن لحقَ وباعَ واشترى هناك، ثمَّ رجعَ مسلماً؛ فله جميعُ ما اشترى وباعَ في دار الحرب، ولا ضمانَ عليه في شيءٍ من ذلك. «هنديَّة»[2]. وذلك لأنَّ تصرُّفاتِ المرتدِّ إنَّما توقَّفتْ بالنَّظر إلى ملكه، ولا مِلكَ للمضارب في مال المضاربة، وله عبارةٌ صحيحةٌ، فلا تُوقفُ في ملك المالك، فبقيتِ المضاربةُ على حالها. قال في «العناية»: وتوقَّفَ تصرُّفُ المرتدِّ لتعلُّق حقِّ الورثة، ولا توقُّفَ في ملك

(١) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٣١٥ (بهامش درر الحكام)، «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٦٩.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٢٩.

وما تصرَّفَ نافذٌ، وعُهدَتُه على المالك عند الإمام. «بحر»[1]. (وَلَوِ ارْتَدَّ المَالِكُ فَقَطْ) أي: ولم يَلحقْ؛ (فَتَصَرُّفُهُ) أي: المضاربِ (مَوْقُوفٌ) ....

ربِّ المال؛ لعدم تعلُّقِه به[2]، أي: فلا يُعطى له حكمُ الموت بالنِّسبة إليه، وظاهرُه: سواءٌ لَحقَ ولم يحكمْ به أو لا كما في «الدُّرَر» وصدر الشَّريعة[3].

(قوله: وَمَا تَصَرَّفَ نَافِذٌ... إلخ) أي: حيث كانت المضاربةُ باقيةً على حالها في قولهم جميعًا؛ فجميعُ ما فَعلَ ذلك جائزٌ، والرِّبحُ بينهما على ما شَرَطا، خلا أنَّ ما يلحَقُه من العُهدة فيما باعَ واشترى حيث يكون على ربِّ المال في قول أبي حنيفةَ؛ لأنَّ حكمَ العهدة يتوقَّفُ بِرِدَّته؛ لأنَّه لو لَزِمَتْه لقُضيَ من ماله، ولا تصرُّفَ له فيه، فكان كالصَّبيِّ المحجور إذا توكَّلَ عن غيره بالبيع والشِّراء، وفي قولهما حالُه في التَّصرُّف بعد الرِّدَّة كهي فيه قبلها، فالعهدةُ عليه، ويَرجعُ على ربِّ المال كما في «العناية»[4]. وكان الأَوْلى تقديمُ هذه العبارة على قوله: (فإن مات). والحاصلُ: فرقٌ بين الارتدادَيْن قبل اللُّحوق، وبعده لا فرقَ بينهما.

(قوله: وَلَوِ ارْتَدَّ المَالِكُ فَقَطْ) محترزُ قوله: (وبلحوق المالك)، وعلى هذا لا فرقَ بين المالك والمضارب، فلو قال: وبلحوق أحدهما، ثمَّ قال: ولو ارتدَّ أحدُهما فقط... إلخ؛ لكان أخصرَ وأظهرَ. تأمَّل. لكن الفرقَ: أنَّه إذا ارتدَّ المضاربُ فتصرُّفُه نافذٌ.

(قوله: أَيْ: وَلَمْ يَلْحَقْ) ومثلُه: إذا لَحقَ ولم يُحكمْ بلحاقه.

(قوله: فَتَصَرُّفُهُ) أي: المضاربِ (مَوْقُوفٌ) عند الإمام، أي: لتعلُّقِ حقِّ ورثةِ المالك

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٨.

(٢) «العناية»: ٨/ ٤٦٨.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٣١٥، «شرح الوقاية»: ٤/ ٢٥٠.

(٤) «العناية»: ٨/ ٤٦٨.

وردَّةُ المرأة غيرُ مؤثِّرةٍ.

(وَيَنْعَزِلُ بِعَزْلِهِ) لأنَّه وكيلٌ (إِنْ عَلِمَ بِهِ) بخبرِ رجلين مطلقاً، أو فُضوليٍّ عدلٍ، أو رسولٍ

بالمال؛ لزوال ملكه بالرِّدَّة، فإن عادَ إلى الإسلام؛ عادَ ملكُه ونفذَ تصرُّفُ المضارب، وإن ماتَ أو قُتلَ أو حُكمَ بلحاقه؛ عاد المالُ إلى الورثة، ويبطلُ تصرُّفُ المضارب، وعليه لا فرقَ بين المالك والمضارب لا بالتَّصرُّف، فإنَّ تصرُّفَ المضارب نافذٌ دون المالك، وعليه فالأخضرُ أن يقول: وبلحوق أحدهما، ثمَّ يقول: ولو ارتدَّ أحدُهما فقط... إلخ.

(قوله: وَرِدَّةُ المَرْأَةِ غَيْرُ مُؤَثِّرَةٍ) سواءٌ كانت هي صاحبةَ المال أو المضاربةَ، إلا أن تموتَ أو تلحقَ بدار الحرب، فيُحكمَ بلحاقها؛ لأنَّ ردَّتَها لا تؤثِّرُ في أملاكها، فكذا لا تؤثِّرُ في تصرُّفاتها. «منح».

(قوله: إِنْ عَلِمَ بِهِ) أي: ولو العزلُ حكماً، فلا يَنعزلُ في الحكميِّ إلا بالعلم، بخلاف الوكيل حيثُ ينعزلُ في الحكميِّ وإن لم يَعلمْ. كذا قالوا. فإن قلتَ: ما الفرقُ بينهما؟ قلتُ: قد ذكروا أنَّ الفرقَ بينهما: أنَّه لا حقَّ له، بخلاف المضارب. «منح». والذي في «الهنديَّة» عن «الخانيَّة»: تبطلُ المضاربةُ بموت ربِّ المال عَلمَ بذلك أو لم يعلمْ، حتَّى لا يملكُ الشِّراءَ بعد ذلك بمال المضاربة، ولا يملكُ السَّفرَ. اهـ[1]. وتقدَّم ذكرُه.

(قوله: مُطْلَقاً) أي: وإن لم يكونا عدلَيْن، بأن كانا فاسقَيْن أو مستورَيْن.

(قوله: أَوْ فُضُولِيٍّ عَدْلٍ) كان الأنسبُ أن يقول: أو واحد عدل بقرينة السِّياق، وكأنَّه راعى ما تقدَّمَ في باب عزل الوكيل من أنَّ العزلَ يثبتُ بمشافهةٍ وكتابةٍ ورسالةٍ وإخبار فضوليٍّ، ويُعتبرُ فيه أحدُ شطري الشَّهادة من العدد أو العدالة.

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٢، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٢٩.

مميِّزٍ، (وَإِلَّا) يَعلمْ؛ (لَا) يَنعزلُ، (فَإِنْ عَلِمَ) بالعزل ولو حكماً كموت المالكِ ولو حكماً (وَالمَالُ عُرُوضٌ) هو هنا: ما كانَ خلافَ جنس رأس المال، فالدَّراهمُ والدَّنانيرُ هنا جِنسانِ ....

(قوله: مُمَيِّزٍ) أي: ولو رقيقاً أنثى غيرَ بالغٍ ولا عدلٍ؛ لأنَّ الرَّسولَ والوكيلَ كالأصيل، وهذا عند الإمام. وعندهما: لا فرقَ بين الرَّسول وغيره كما في أخواتها.

(قوله: وَلَوْ حُكْماً) كموت المالك، أي: ولو كان العزلُ حكماً، فإنَّه يُشترطُ فيه العلمُ على ما سلف؛ لأنَّه عزلٌ حكميٌّ.

(قوله: وَلَوْ حُكْماً) كارتداده مع الحكمِ باللُّحوق وجنونِه مُطبَقاً.

(قوله: فَالدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ هُنَا جِنْسَانِ) التَّفريعُ غيرُ ظاهرٍ؛ لأنَّهما قد يكونان جنساً واحداً في كثيرٍ من المسائل، وحينئذٍ فالأَوْلى الواو كما في «البحر» و«المنح»[1]. فإن كان رأسُ المال دراهمَ وعزلَه ومعه دنانيرَ؛ فله بَيعُها بالدَّراهم استحساناً، وبالعكس بعد العلمِ بالعزل حتَّى يكون من جنس رأس المال؛ ليتميَّزَ الرِّبحُ، فيتبيَّنَ حظُّه منه. لكن تقدَّم في البيع الفاسد: أنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ جنسٌ واحدٌ في ثمانِ مسائلَ، منها: في المضاربة ابتداءً وانتهاءً وبقاءً. اهـ. وكتب سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللَّهُ ثَمَّةَ: قولُه: (ومضاربةٌ ابتداءً وانتهاءً وبقاءً) لم يذكرْ ذلك التَّقسيم في «العماديَّة»، وإنَّما ذكرَ صورتين في المضاربة: إحداهما: ما إذا كانت المضاربةُ دراهمَ، فماتَ ربُّ المال أو عُزِلَ المضاربُ عن المضاربة وفي يده دنانيرُ؛ لم يكن للمضارب أن يَشتريَ بها شيئاً، ولكن يَصرفُ الدَّنانيرَ بالدَّراهم، ولو كان ما في يده عُروضاً أو مكيلاً أو موزوناً؛ له أن يُحوِّلَه إلى رأس المال، ولو باعَ المتاعَ

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٨.

(بَاعَهَا) ولو نسيئةً وإن نهاهُ عنها، (ثُمَّ لَا يَتَصَرَّفُ فِي ثَمَنِهَا) ....

بالدَّنانير؛ لم يكن له أن يَشتريَ بها إلا الدَّراهمَ. ثانيتُهما: لو كانت المضاربةُ دراهمَ في يد المضارب، فاشترى متاعاً بكيليٍّ أو وزنيٍّ؛ لَزِمَه، ولو اشترى بالدَّنانير؛ فهو على المضاربة استحساناً عندهما. اهـ ملخَّصاً[1].

فالصُّورةُ الأولى تصلحُ مثالاً للانتهاء والثَّانيةُ للبقاء، لكن لم يظهرْ لي كونُ الأولى مما نحنُ فيه؛ إذ لو كانت الدَّراهمُ والدَّنانيرُ فيها جنساً واحداً ما كان يلزَمُه أن يصرفَ الدَّنانيرَ بالدَّراهم. تأمَّلْ. ثم رأيتُ الشَّارحَ في باب المضاربة جَعلَها جنسَيْن في هذه المسألة، وهذا عينُ ما فهمتُه، ولله تعالى الحمدُ. وأمَّا مسألةُ المضاربة ابتداءً؛ فقد زادَها الشَّارحُ، وقال ط: صورتُه: عقدَ معه المضاربةَ على ألفِ دينارٍ وبيَّنَ الرِّبحَ، فدفعَ له دراهمَ قيمَتُها من الذَّهب تلك الدَّنانيرُ؛ صحَّت المضاربةُ، والرِّبحُ على ما شَرَطا أوَّلاً. كذا ظهر لي. اهـ كلامُ سيدي الوالد رَحِمَهُ اللَّهُ[2].

(قوله: بَاعَهَا) أي: له بَيعُها ولا يمنعُه العزلُ من ذلك. أتقاني.

(قوله: وَإِنْ نَهَاهُ عَنْهَا) أي: عن النَّسيئة، ولا يملكُ المالكُ فسخَها في هذه الحالة، كما لا يصحُّ نهيُه عن المسافرة في الرِّوايات المشهورة، وكما لا يملكُ عزلَه لا يملكُ تخصيصَ الإذن؛ لأنَّه عزلٌ من وجهٍ. «بحر» عن «النِّهاية»[3]. وسيأتي. وإنَّما لا يملكُ ذلك؛ لأنَّ له حقّاً في الرِّبح.

(قوله: ثُمَّ لَا يَتَصَرَّفُ فِي ثَمَنِهَا) أي: إذا كان من جنس رأس مالها؛ لأنَّ البيعَ بعد العزل

---

(١) «فصول الأحكام»: الفصل السابع عشر: ص٢٦٠- ٢٦١ (رسالة جامعية ت: عبد إبراهيم البشايرة).

(٢) «رد المحتار»: كتاب البيوع: ١٢/ ٨٦- ٨٧.

(٣) «النهاية»: ص٣٢٩ (ت: العتيبي)، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٨.

ولا في نقدٍ من جنسِ رأس ماله، ويُبدلُ خلافُه به استحساناً؛ لوجوب ردِّ جنسه، ولَيظهرَ الرِّبحُ. (وَلَا يَمْلِكُ المَالِكُ فَسْخَهَا فِي هَذِهِ الحَالَةِ) ....

كان للضَّرورة حتَّى يظهرَ الرِّبحُ إن كان فيه، ولا حاجةَ إليه بعد النصِّ، فصارَ كما إذا عَزلَه بعدما نضَّ وصارَ من جنس رأس المال. زيلعي[1].

(قوله: وَلَا فِي نَقْدٍ) أي: لا يتصرَّفُ إذا كان رأسُ المال فضَّةً بفضَّةٍ ولو أجودَ كما يفيدُه عمومُه. ط[2].

(قوله: وَيُبْدِلُ خَلَافَهُ بِهِ) أي: له أن يُبدلَ خلافَ رأس المال من النَّقد برأس المال.

(قوله: اسْتِحْسَانًا) والقياسُ لا يبدلُ؛ لأنَّ النَّقدين من جنسٍ واحدٍ من حيث الثمنيَّة.

(قوله: لِوُجُوبِ رَدِّ جِنْسِهِ) أي: إلى ربِّ المال إن امتنعَ المالكُ من أخذ خلاف الجنس كما يفيدُه ما قدَّمْناه عن الأتقانيِّ. وفي «الهنديَّة» عن «الكافي»: له أن يَبيعَها بجنس المال استحساناً[3]، وهو يفيدُ الجوازَ، فإن حُملَ على عدم التَّنازع زال الإشكالُ. ط بزيادةٍ[4].

(قوله: وَلِيَظْهَرَ الرِّبْحُ) جعلَه في العينيِّ و«الدُّرَر» علَّةً لبيع الضَّرورة، حيث قال: لأنَّ له حقّاً في الرِّبح، ولا يظهرُ ذلك إلا بالنضِّ، فيثبتُ له حقُّ البيع ليظهرَ ذلك[5]، وموتُه وارتدادُه مع اللُّحوق وجنونُه مُطبقاً والمالُ عُروضٌ كعزله والمالُ عروضٌ. زيلعي[6].

(قوله: وَلَا يَمْلِكُ... إلخ) هذا معطوفٌ على (باعها) عطفَ علَّةٍ على معلولٍ، وليته

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٧.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٠.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٢٩.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٠.

(٥) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٦، «درر الحكام»: ٢/ ٣١٥.

(٦) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٧.

بل ولا تخصيصَ الإذنِ؛ لأنَّه عزلٌ من وجهٍ. «نهاية»[1]. (بِخِلَافِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا فَسَخَ الشَّرِكَةَ وَمَالُهَا أَمْتِعَةٌ) صحَّ.

(افْتَرَقَا وَفِي المَالِ دُيُونٌ وَرِبْحٌ؛ يُجْبَرُ المُضَارِبُ ....

قدَّمَه على: (ثمَّ لا يتصرف). ولا تنسَ ما مرَّ في موت المضارب والمالُ عروضٌ. ويُفهمُ منه: أنَّه فَسخَها والمالُ عروضٌ يبيعُها بالنَّقد.

فرعٌ: قال في «القنية» من باب المضاربة: أعطاهُ دنانيرَ مضاربةً، ثمَّ أرادَ القسمةَ؛ له أن يَستوفيَ دنانيرَ، وله أن يأخُذَ من المال بقيمتها، وتُعتبرُ قيمَتُها يومَ القسمة، لا يوم الدَّفع. اهـ وفي «شرح الطَّحاويِّ» من المضاربة: ويضمنُ لربِّ المال مثلَ ماله وقتَ الخلاف. بيري في بحث القول بثمن المثل[2]. وهذه فائدةٌ طالما توقَّفتُ فيها، فإنَّ ربَّ المال يدفعُ دنانيرَ مثلاً بعددٍ مخصوصٍ، ثمَّ تغلو قيمَتُها ويريدُ أخذَها عدداً لا بمثل القيمة. تأمَّل. والذي يظهرُ من هذا: أنَّه لو علمَ عددَ المدفوع ونوعَه؛ فله أخذُه، ولو أرادَ أن يأخُذَ القيمةَ من نوعٍ آخرَ؛ يأخُذُه بالقيمة الواقعة يومَ الخلاف، أي: يوم النِّزاع والخصام، وكذا إذا لم يعلمْ نوعَ المدفوع كما يقع كثيراً في زماننا حيث يدفعُ أنواعاً ثمَّ يجهلُ، فيضطرُّ إلى أخذ قيمتها لجهالتها، فيأخذُ بالقيمة يومَ الخصام تأمَّل. واللهُ تعالى أعلمُ.

(قوله: وَلَا تَخْصِيصَ الإِذْنِ) أفادَه بقوله آنفاً: (وإن نهاهُ عنها).

(قوله: صَحَّ) أي: الفسخُ، والرِّبحُ بعد ذلك للعامل كما سلف في الشِّركة.

(قوله: افْتَرَقَا) أي: فسخا المضاربةَ أو انتهتْ.

(قوله: وَفِي المَالِ دُيُونٌ) أي: وقد باعَ المضارِبُ عروضاً بثمنٍ لم يَقبِضْه من المشترين.

---

(١) «النهاية»: ص٣٢٩ (ت: العتيبي).

(٢) «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٦٣٩.

عَلَى اقْتِضَاءِ الدُّيُونِ) إذ حينئذٍ يَعملُ بالأجرة، (وَإِلَّا) رِبحَ؛ (لَا) جبرَ؛ لأنَّه حينئذٍ متبرِّعٌ، (وَ) يُؤمرُ بأن (يُوَكِّلَ المَالِكَ عَلَيْهِ) لأنَّه غيرُ العاقد، ....

(قوله: عَلَى اقْتِضَاءِ الدُّيُونِ) أي: أخذِها واستخلاصها.

(قوله: إِذْ حِينَئِذٍ يَعْمَلُ بِالأُجْرَةِ) عبارةُ «البحر»: لأنَّه كالأجير، والرِّبحُ كالأجرة، وطلبُ الدَّين من تمام تكملة العمل، فيجبرُ عليه[1]. وظاهرُه: ولو كان الرِّبحُ قليلاً. قال في «شرح الملتقى»: ومفادُه: أنَّ نفقةَ الطَّلب على المضارب، وهذا لو الدَّينُ في المصر، وإلا ففي مال المضاربة[2]. قال في «الهنديَّة»: وإن طالَ سفرُ المضارب ومقامُه حتَّى أتتِ النَّفقةُ في جميع الدَّين، فإن فضلَ على الدَّين؛ حُسِبَ له النَّفقة مقدارُ الدَّين، وما زادَ على ذلك يكون على المضارب. كذا في «المحيط»[3].

(قوله: وَإِلَّا) أي: وإن لم يكن في المال رِبحٌ.

(قوله: لَا جَبْرَ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ مُتَبَرِّعٌ) أي: لأنَّه وكيلٌ محضٌ، ولا جبرَ على المتبرِّع على إنهاء ما تبرَّعَ به، ولهذا لا يُجبرُ الواهبُ على التَّسليم. زيلعي[4]. ولا يقال: الردُّ واجبٌ عليه، وذلك إنَّما يكون بالتَّسليم كما أخذَه؛ لأنا نقول: الواجبُ عليه رفعُ الموانع، وذلك بالتَّخلية لا بالتَّسليم حقيقةً. ط عن أبي السُّعود[5].

(قوله: لِأَنَّهُ) أي: المالكَ (غَيْرُ العَاقِدِ) فالحقوقُ لا ترجعُ إليه، بل إلى العاقد الذي

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٨.

(٢) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٣٢ (بهامش مجمع الأنهر).

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٣٠.

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٧.

(٥) «فتح المعين»: ٣/ ١٩٨، «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٠.

(وَ) حينئذٍ فـ(الوَكِيلُ بِالبَيْعِ وَالمُسْتَبْضِعُ كَالمُضَارِبِ) يُؤمرانِ بالتَّوكيل، (وَالسِّمْسَارُ يُجْبَرُ عَلَى التَّقَاضِي) وكذا الدَّلالُ؛ لأَنَّهما يعملانِ بالأجرة.

هو المضاربُ، فقبضُ الثَّمن له لا للمالك، ولا يلزمُ التَّقاضي؛ لأَنَّه متبرِّعٌ، فيُؤمرُ بتوكيل المالك ليَقدرَ على تحصيل الدُّيون كما في العينيِّ[1].

(قوله: وَحِينَئِذٍ) أي: حين إذ كان المتبرِّعُ لا يُجبرُ على الاقتضاء، والأَوْلى أن يقول: ولهذا كان الوكيلُ... إلخ.

(قوله: وَالسِّمْسَارُ) بكسر السين الأولى المهملة، وهو المتوسِّطُ بين البائع والمشتري لِيَبيعَ بأجرٍ من غير أن يُستأجَرَ، والدَّلَّالُ: الواسطةُ بين المتبايعين. اهـ. وفي منلا مسكين: السِّمسارُ: الدَّلَّالُ[2].

(قوله: يُجْبَرُ عَلَى التَّقَاضِي) أي: طلبِ الثَّمن إن عقدَ البيعَ؛ لأَنَّه يَبيعُ ويشتري للنَّاس عادةً بأجرةٍ، فجُعل ذلك بمنزلة الإجارة الصَّحيحة بحكم العادة، فيجب التَّقاضي والاستيفاءُ؛ لأَنَّه وصلَ إليه بدلُ عمله، فصار كالمضارب إذا كان في المال رِبحٌ. زيلعي[3].

(قوله: وَكَذَا الدَّلَّالُ) مقتضى كلام الشَّارح: أنَّ الدَّلالَ غيرُ السِّمسار كما في القهستانيِّ[4]: بأنَّ الدَّلالَ يحملُ السِّلعةَ إلى المشتري ويُخبرُ بالثَّمن ويبيعُ، بخلاف السِّمسار، فإنَّه لم يكن في يده شيءٌ، ومقتضى ما مرَّ عن مسكين عدمُ الفرق بينهما. وفي «الدُّرَر»: كالدَّلال، فإنَّه يعملُ بالأجرة، والسِّمسارُ: هو الذي يُجلبُ إليه العروضُ والحيواناتُ لبيعها بأجرٍ من غير أن يُستأجَرَ[5]... إلى آخر ما فيه.

---

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٦ بتصرف.

(٢) «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٣١.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٧.

(٤) «جامع الرموز»: ص٥٠٧.

(٥) «درر الحكام»: ٢/ ٣١٦.

فرعٌ: استُؤجرَ على أن يبيعَ ويشتريَ؛ لم يجزْ؛ لعدم قُدرته عليه، والحيلةُ: أن يَستأجِرَه مدَّةً للخدمة ويستعمِلَه في البيع. زيلعي.

(وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ يُصْرَفُ إِلَى الرِّبْحِ) ....

(قوله: لِعَدَمِ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ) لأنَّ الشِّراءَ أو البيعَ لا يتمُّ إلا بمساعدةِ غيره، وهو البائعُ أو المشتري، فلا يَقدرُ على تسليمه. زيلعي[1].

(قوله: زَيْلَعِيٌّ) وتمامُ كلامه: وإنَّما جازتْ هذه الحيلةُ؛ لأنَّ العقدَ يتناولُ المنفعةَ، وهي معلومةٌ ببيانِ قَدْر المدَّة، وهو قادرٌ على تسليم نفسه[2] في المدَّة، ولو عملَ من غير شرطٍ وأعطاهُ شيئًا؛ لا بأسَ به؛ لأنَّه عملَ معه حسنةً، فجازاه خيراً، وبذلك جرتِ العادةُ، وما رآه المسلمون حَسَناً فهو عند الله حَسنٌ. اهـ[3].

(قوله: وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ المُضَارَبَةِ يُصْرَفُ إِلَى الرِّبْحِ) أقول: وكذلك ما هلكَ من مال الشِّركة يصرفُ إلى الرِّبح، والباقي من الرِّبح يصرفُ على ما شَرَطا، ورأسُ المال على حكمه، فإذا زادَ الهالكُ على الرِّبح؛ فهو عليهما بقدر مالَيْهما.

مطلبٌ: حكمُ حادثة الفتوى

وبه عَلِمَ حكمُ حادثة الفتوى: شريكانِ مالُهما متفاوتٌ والعملُ مشروطٌ عليهما والرِّبحُ سويَّةً بينهما، هلكَ بعد الرِّبح شيءٌ من المال وبقيَ شيءٌ من الرِّبح، فما الحكمُ؟

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٧.

(٢) عبارة «تبيين الحقائق»: (على تسليمه بتسليم نفسه).

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٦٧.

لأنَّه تبَعٌ، (فَإِنْ زَادَ الهَالِكُ عَلَى الرِّبْحِ؛ لَمْ يُضْمَنْ) ....

الجوابُ: ما فضلَ من الرِّبح على ما شَرَطا، ورأسُ المال على حكمه، والهالكُ عليهما، وهو ظاهرٌ. ذكره الخيرُ الرَّمليُّ[1].

(قوله: لِأَنَّهُ تَبَعٌ) أي: ورأسُ المال أصلٌ، وصرفُ الهالك إلى ما هو تابعٌ أَوْلى، كما يُصرفُ إلى العفو في الزَّكاة، ولأنَّ الرِّبحَ فرعٌ عن رأس، المال فلا يثبتُ له حكمٌ قبل ثبوت أصله كما في العينيِّ[2].

مطلبٌ: القولُ للشَّريك والمضارِبِ في مقدار الرِّبح والخسران وفي الضَّياع والردِّ للشَّريك

والقولُ للشَّريك والمضارب في مقدار الرِّبح والخسران مع يمينه، ولا يلزمُه أن يَذكرَ الأمرَ مفصَّلاً، والقولُ قولُه في الضَّياع والردِّ للشَّريك. «نهر» في الشَّركة[3].

تتمَّةٌ: هلكَ مالُ المضاربة قبل أن يشتريَ به شيئاً؛ بطلتْ، وإن استهلكَه المضاربُ ضَمِنَه، ولم يكن له الشِّراءُ بعد ذلك لصيرورته ضَميناً، وإن استهلكَه غيرُه فأخذَه منه؛ كان له الشِّراءُ على المضاربة. حموي عن الأقطع[4].

(قوله: لَمْ يَضْمَنْ) لكونه أميناً، سواءٌ كان من عمله أو لا. «بحر»[5].

---

(١) «لوائح الأنوار»: ق٧٠/ ب ولي الدين.

(٢) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٦.

(٣) «النهر الفائق»: ٣/ ٣٠٣ عن قارئ «الهداية».

(٤) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧٤/ آ شهيد علي باشا ملخصاً.

(٥) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٨.

ولو فاسدةً من عمله؛ لأنَّه أمينٌ. (**وَإِنْ قُسِمَ الرِّبْحُ، وَبَقِيَتِ المُضَارَبَةُ، ثُمَّ هَلَكَ المَالُ أَوْ بَعْضُهُ؛ تَرَادَّا الرِّبْحَ لِيَأْخُذَ المَالِكُ رَأْسَ المَالَ،** ....

(قوله: **وَلَوْ فَاسِدَةً**) لأنَّها أمانةٌ عند الإمام. وعندهما: إن كانت فاسدةً فالمالُ مضمونٌ.

(قوله: **مِنْ عَمَلِهِ**) ولو الهلاكُ من عمله المسلَّط عليه عند التُّجَّار، وأمَّا التَّعدِّي؛ فيظهرُ أنَّه ضمنَ به. سائحاني. أي: سواءٌ كانت المضاربةُ صحيحةً أو فاسدةً، وسواءٌ كان الهلاكُ من عمله أو لا، ويُقبلُ قولُه في هلاكه وإن لم يعلمْ ذلك كما يُقبلُ في الوديعة. «منح» بزيادةٍ. ولم أر زيادة: (من علمه) في العينيِّ ولا في «الدرر» وحواشيه. فليتأمَّلْ معنى قوله: (من عمله)، ولو اقتصرَ على قوله: (ولو فاسدةً)؛ لكان المعنى أظهرُ. ثمَّ رأيتُ في «فروق المحبوبيِّ» ما نصُّه: وإذا عملَ في المضاربة الفاسدة وربحَ؛ كان كلُّ الرِّبح لربِّ المال، وللمضارب أجرُ مثل عمله، ولا ضمانَ إذا هلكَ المالُ في يده. اهـ.

(قوله: **لِأَنَّهُ أَمِينٌ**) علَّةٌ لعدم الضَّمان، ويُقبلُ قولُه في الهلاك وإن لم يعلمْ ذلك كما يُقبلُ في الوديعة. «منح».

أقول: وينبغي أن يضمنَ ما تَلِفَ بعمله؛ لأنَّه أجيرٌ مشتركٌ. وعلى قولهما: يَضمنُ ما تَلفَ في يده وإن لم يكن من عمله كما عُلِمَ في باب ضمان الأجير. ولعلَّه محمولٌ على ما إذا سافرَ بمال المضاربة، فإنَّه يكون بمنزلة الأجير الخاصِّ. وليُحرَّر.

(قوله: **تَرَادَّا الرِّبْحَ**) فيَضمنُ المضاربُ ما أخذَه على أنَّه ربحٌ؛ لأنَّه أخذَه لنفسه، بخلاف ما بقيَ في يده لا يضمنُه إذا لم يأخُذْه لنفسه. حموي[1].

(قوله: **لِيَأْخُذَ المَالِكُ رَأْسَ مَالِهِ**) فيبدأُ برأس المال، ثمَّ بالنَّفقة، ثمَّ بالرِّبح الأهم

(١) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧٤/ ب شهيد علي باشا.

وَمَا فَضَلَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ نَقَصَ لَمْ يَضْمَنْ) لِمَا مرَّ. ثمَّ ذكرَ مفهومَ قوله: "وبقيت المضاربةُ"، فقال: (وَإِنْ قُسِمَ الرِّبْحُ، وَفُسِخَتِ المُضَارَبَةُ) والمالُ في يد المضارِبِ، (ثُمَّ عَقَدَاهَا، فَهَلَكَ المَالُ؛ لَمْ يَتَرَادَّا، وَبَقِيَتِ المُضَارَبَةُ) لأنَّه عقدٌ جديدٌ، وهي الحيلةُ النَّافعةُ للمضارب.

فالأهمَّ. «اختيار»[1]. فإن فضلَ شيءٌ اقتسماهُ. اهـ «در منتقى»[2]. أي: لأنَّ الرِّبحَ تابعٌ كما ذكرنا، فلا يسلمُ بدون سلامة الأصل. عيني[3].

(قوله: وَمَا فَضَلَ فَهُوَ بَيْنَهُمَا) لأنَّ ربَّ المال لم يبقَ له حقٌّ بعد استيفاء ماله إلا في الرِّبح. عيني[4].

(قوله: لَمْ يَضْمَنْ) أي: إن نقصَ الرِّبحُ عن الهالك؛ لم يضمنِ المضاربُ.

(قوله: لِمَا مَرَّ) من أنَّه أمينٌ، فلا يكون ضميناً.

(قوله: وَالمَالُ فِي يَدِ المُضَارِبِ) مثلُه في «العزميَّة» عن صدر الشَّريعة[5]، وهو نصٌّ على المتوهَّم، وإلا فبالأَوْلى إذا دَفعَه لربِّ المال بعد الفسخ ثمَّ استردَّه وعَقَدا أخرى.

(قوله: لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَدِيدٌ) أي: لأنَّ المضاربةَ الأولى قد انتهتْ بالفسخ، وثبوتُ الثَّانية بعقدٍ جديدٍ، فهلاكُ المال في الثَّانية لا يوجبُ انتقاضَ الأولى، فصارَ كما إذا دفعَ إليه مالاً آخرَ.

(قوله: وَهَذِهِ هِيَ الحِيلَةُ النَّافِعَةُ لِلْمُضَارِبِ) أي: لو خافَ أن يستردَّ منه ربُّ المال الرِّبحَ

---

(١) «الاختيار»: ٣/ ٢٤.

(٢) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٣٢ (بهامش مجمع الأنهر).

(٣) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٦.

(٤) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٦.

(٥) «شرح الوقاية»: ٤/ ٢٥١.

(فَصْلٌ فِي المُتَفَرِّقَاتِ)

(المُضَارَبَةُ لَا تَفْسُدُ ....

بعد القسمة بسبب هلاكِ ما بقيَ من رأس المال، وعُلِمَ مما مرَّ آنفاً: أنَّه لا يتوقَّفُ صحَّةُ الحيلة على أن يسلمَ المضاربُ رأسَ المال إلى ربِّ المال، وتقييدُ الزَّيلعيِّ به اتِّفاقيٌّ كما نبَّه عليه أبو السُّعود(١). واللهُ تعالى أعلم، وأستغفرُ اللهَ العظيمَ.

(فَصْلٌ فِي المُتَفَرِّقَاتِ)

(قوله: **لَا تَفْسُدُ... إلخ**) حتَّى لو اشترى ربُّ المال به شيئاً وباعَ؛ فهو على المضاربة؛ لأنَّ الشَّرطَ هو التَّخليةُ، وقد تحقَّقتْ، والإبضاعُ توكيلٌ بالتَّصرُّف، والتَّصرُّفُ حقُّ المضارب، فيصحُّ التَّوكيلُ به. وقال زُفر: لا تفسدُ ولا يَستحقُّ المضاربُ من ربحه شيئاً؛ لأنَّ ربَّ المال تصرَّفَ في مال نفسه بغير توكيلٍ ولم يُصرِّحْ به، فيكون مُستردّاً للمال، ولهذا لا يصحُّ اشتراطُ العمل عليه ابتداءً. ولنا: إنَّ الواجبَ له التَّخليةُ، وقد تمَّتْ وصارَ التَّصرُّفُ حقّاً للمضارب، وله أن يُوكِّلَ ربَّ المال صالحاً لذلك، والإبضاعُ توكيلٌ؛ لأنَّه استعانةٌ، ولَمَّا صحَّ استعانةُ(٢) المضارب بالأجنبيِّ؛ فربُّ المال أَوْلى لكونه أشفقَ على المال، فلا يكون استرداداً، بخلاف شرط العمل عليه ابتداءً؛ لأنَّه يمنعُ التَّخليةَ.

فإن قلتَ: ربُّ المال لا يصلحُ وكيلاً؛ لأنَّ الوكيلَ مَنْ يعملُ في مال غيره، وربُّ المال لا يعملُ في مال غيره، بل في مال نفسه.

قلتُ: أجيبَ: بأنَّ المالكَ بعد التَّخلية صار كالأجنبيِّ، فجازَ توكيلُه.

---

(١) «فتح المعين»: ٣/ ١٩٨.

(٢) في بولاق: (استعان)، ولعل الصواب ما أثبتناه.

بِدَفْعِ كُلِّ المَالِ أَوْ بَعْضِهِ) تقييدُ «الهداية» بالبعض اتِّفاقيٌّ. «عناية»[1] **(إِلَى المَالِكِ بِضَاعَةً لا مُضَارَبَةً)** ....

فإن قلتَ: الأمرُ كذلك؛ لصحَّة المضاربة مع ربِّ المال.

قلت: أجيبَ: بأنَّ المضاربةَ تنعقدُ شركةً على مال ربِّ المال وعمل المضارب، ولا مالَ هنا، فلو جوَّزْناه أدَّى إلى قلب الموضوع. اهـ.

(قوله: بِدَفْعِ كُلِّ المَالِ) أفادَ بالدَّفع أنَّ المضاربَ لا بُدَّ أن يتسلَّمَ المالَ أوَّلاً، حتَّى لو جعلَ المالَ بضاعةً قبل أن يتسلَّمَه لا يصحُّ؛ لأنَّ التَّسليمَ شرطٌ فيها. اهـ مكي.

(قوله: تَقْيِيدُ «الهِدَايَةِ»[2]**)** الأَوْلى الإتيانُ بالفاء.

(قوله: بِضَاعَةً) المرادُ بالبضاعة هنا: الاستعانةُ؛ لأنَّ الإبضاعَ الحقيقيَّ هنا لا يتأتَّى؛ لأنَّ الرِّبحَ جميعَه فيه لربِّ المال، وليس الأمرُ هنا كذلك.

(قوله: لا مُضَارَبَةً) عطفٌ على (بضاعة) المسلَّط عليه النَّفيُ من عامله، فالمعنى: لا يَنتفي الفسادُ بدفعها مضاربةً بل تَفسدُ؛ لأنَّ نفيَ النَّفي إثباتٌ، وقد تبعَ المؤلِّفَ. ومفهومُه: أنَّه لو دَفعَه مضاربةً تفسدُ الأولى، مع أنَّ الذي يفسدُ هو الثَّانيةُ لا الأولى كما في «الهداية»[3]. قال في «البحر»: وتقييدُه بالبضاعة اتِّفاقيٌّ؛ لأنَّه لو دفعَ المالَ إلى ربِّ المال مضاربةً لا تبطلُ الأولى، بل الثَّانيةُ؛ لأنَّ المضاربةَ به تَنعقدُ شركةً على مال ربِّ المال وعملِ المضارب، ولا مالَ هنا، فلو جوَّزْناه يؤدِّي إلى قلب الموضوع، وإذا لم

(١) «العناية»: ٨/ ٤٧٤.

(٢) «الهداية»: ٣/ ٢٠٩.

(٣) «الهداية»: ٣/ ٢٠٩.

لِمَا مرَّ، (وَإِنْ أَخَذَهُ) أي: المالكُ المالَ (بِغَيْرِ أَمْرِ المُضَارِبِ، وَبَاعَ وَاشْتَرَى؛ بَطَلَتْ إِنْ كَانَ رَأْسُ المَالِ نَقْداً) لأنَّه عاملٌ لنفسه، (وَإِنْ صَارَ عَرْضاً؛ لَا) لأنَّ النَّقضَ الصَّريحَ حينئذٍ لا يَعملُ، فهذا أَوْلى. «عناية»[1].

يصحَّ؛ بقيَ عملُ ربِّ المال بأمر المضارب، فلا تبطلُ الأولى كما تقدَّم عن «الهداية».

وبه عُلِمَ أنَّها بضاعةٌ وإن سمِّيتْ مضاربةً؛ لأنَّ المرادَ بالبضاعة هنا: الاستعانةُ؛ لأنَّ الإبضاعَ الحقيقيَّ لا يتأتَّى هنا، وهو أن يكون المالُ للمبضع والعملُ من الآخر، ولا رِبْحَ للعامل. وفُهِمَ من مسألة الكتاب جوازُ الإبضاع كالأجنبيِّ بالأَوْلى[2]. وما وقعَ في «الدُّرَر» من أنَّه لا تبطلُ بالدَّفع إلى المالك بضاعةً أو مضاربةً[3]؛ فإنَّه محمولٌ على ما ذكرنا من عدم صحَّة المضاربة الثَّانية وإبقاء الأولى.

(قوله: لِمَا مَرَّ) أي: من أنَّ الشَّيءَ لا يتضمَّنُ مثلَه.

(قوله: وَإِنْ أَخَذَهُ) محترزُ قوله: (يدفع).

(قوله: أَي: المَالِكُ... إلخ) قال في «المبسوط»: والحاصلُ: أنَّ كلَّ تصرُّفٍ صارَ مستحقّاً للمضارب على وجهٍ لا يملكُ ربُّ المال منعَه، فربُّ المال في ذلك يكون مُعِيناً له، سواءٌ باشَرَه بأمره أو بغير أمره، وكلُّ تصرُّفٍ يتمكَّنُ ربُّ المال أن يمنعَ المضاربَ منه؛ فربُّ المال في ذلك التَّصرُّف عاملٌ لنفسه، إلا أن يكون بأمر المضارب، فحينئذٍ يكون مُعيناً له[4]. اهـ «منح». قال الرَّمليُّ في «حاشيته عليها»: قولُه: وإن صار عرضاً...

---

(١) «العناية»: ٨/ ٤٧٤.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٩.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٣١٥.

(٤) «المبسوط» للسرخسي: ٢٢/ ٨٧.

ثمَّ إن باعَ بعروضٍ بَقيتْ، وإنْ بنقدٍ بطلتْ لِمَا مرَّ.

إلخ أقول: استُفِيدَ من ذلك: جوازُ بيع ربِّ المال عُروضَ المضاربة، وهي واقعةُ الفتوى. اهـ[1].

قلتُ: وينطقُ به الحاصلُ الذي ذكره صاحبُ «المنح»؛ لأنَّ هذا التَّصرُّفَ صار مستحقّاً للمضارب على وجهٍ لا يملكُ ربُّ المال منعَه، فربُّ المال مُعيناً له باشَرَه بأمره أو بغير أمره، فإن باشَرَه حتَّى صارَ نقداً؛ كان تصرُّفُه بعد ذلك لنفسه، ولتكنْ على ذُكرٍ مما تقدَّم أنَّ النَّقدَ إذا لم يكن من جنس رأس مال المضاربة يملكُ المضاربُ تبديلَه من جنس رأ س مال المضاربة، فلو بدَّلَه المالكُ؛ كان مُعيناً للمضارب ولو بغير أمره، أمَّا لو اشترى المالكُ بنقدٍ ليس من جنس رأس مال المضاربة: هل يكون ذلك للمضاربة أم لنفسه؟ يحرَّرُ.

(قوله: ثُمَّ إِنْ بَاعَ بِعَرْضٍ) أي: ما صارَ عرضاً.

(قوله: وَإِنْ بِنَقْدٍ بَطَلَتْ) قال في «المنح»: فلو باعَ العروضَ بنقدٍ، ثمَّ اشترى عروضاً؛ كان للمضارب حصَّتُه من ربح العروض الأولى لا الثَّانية؛ لأنَّه لَمَّا باعَ العروضَ وصارَ المالُ نقداً في يده؛ كان ذلك نقضاً للمضاربة، فشراؤه به بعد ذلكَ يكون لنفسه، فلو باعَ العروضَ بعروضٍ مثلها أو بمكيلٍ أو موزونٍ ورَبحَ؛ كان بينهما على ما شَرَطا؛ لأنَّ ربَّ المال لا يتمكَّنُ من نقض المضاربة ما دام المالُ عروضاً. اهـ. ونقله ط عن «حاشية المكي»[2].

(قوله: لِمَا مَرَّ) من أنَّه عاملٌ لنفسه.

---

(١) «لوائح الأنوار»: ق٧٠/ب ولي الدين.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧١.

(وَإِذَا سَافَرَ) ولو يومـاً؛ (فَطَعَامُهُ، وَشَرَابُهُ، وَكِسْوَتُهُ، وَرَكُوبُهُ) ....

(قوله: وَإِذَا سَافَرَ) أطلقَ السَّفرَ، فشملَ السَّفرَ للتِّجارة ولطلب الدُّيون، فيَرجعُ بما أنفقَ بطلبه، إلا إذا زادَ على الدَّين، فلا يَرجعُ بالزِّيادة كما صرَّحَ به في «المحيط». وأطلقَ عملَه في المصر، فشملَ عملَه للتِّجارة ولاقتضاء الدُّيون، ولا رجوعَ له في ماله فيما أنفقَه في الخصومة كما في «المحيط». كذا في «البحر»[1].

(قوله: وَلَوْ يَوْماً) لأنَّ العلَّةَ في وجوب النَّفقة حبسُ نفسه لأجلها، فعُلم أنَّ المرادَ من السَّفر هنا: أن لا يُمكنَه أن يَبيتَ في منزله، وإن خرجَ من المصر وأمكنَه أن يعودَ إليه في ليلةٍ؛ فهو في المصر لا نفقةَ له. «منح». ثم نقلَ عن «السِّراجيَّة»: وإذا خرجَ بنيَّة السَّفر قلَّ أو كَثُرَ؛ فنفقتُه في مال المضاربة، إلا إذا كان يَغدو إلى بعضِ نواحي المصر. اهـ[2].

(قوله: فَطَعَامُهُ) ولو فاكهةً. حموي[3]. أي: معتادةً، واللَّحمُ كما كان يأكلُ. كذا روي عن أبي يوسفَ. وإنَّما لا تلزمُ نفقةُ غِلْمان المالك؛ لأنَّ نفقتَهم كنفقة نفسه، وهو لو سافرَ معه ليُعينَه على العمل في مال المضاربة لم يَستوجبْ نفقةً في مال المضاربة بهذا السَّبب، فكذا نفقةُ غِلْمانه ودوابِّه، بخلاف غلمان المضارب ودوابِّه. اهـ «مبسوط»[4]. ط[5].

(قوله: وَرَكُوبُهُ) أي: في الطَّريق. شُمُني. وكذا فراشُ نومه. «ملتقى» و«بحر» عن «المحيط»[6].

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٠.

(٢) «الفتاوى السراجية»: ص٥٣٣.

(٣) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧٥/ آ شهيد علي باشا.

(٤) «المبسوط» للسرخسي: ٢٢/ ٦٥- ٦٦.

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧١.

(٦) «ملتقى الأبحر»: ص١٣٩، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٠.

بفتح الراء: ما يُركبُ ولو بكِراءٍ، (وَكُلُّ مَا يَحْتَاجُهُ عَادَةً) أي: في عادة التُّجَّار ....

(قوله: بِفَتْحِ الرَّاءِ) ويجوز أن يكون بالضمِّ على أنَّه مصدرٌ أُريدَ به اسمُ المفعول، وهو الجاري على الألسنة. مكي عن الشلبي. وكذا أجرةُ خادمه وعلفُ دابَّتِه، وأمَّا نفقةُ عبيد المالك ودوابِّه لو سافَرَ بهم المضارِبُ؛ فعلى المالك لا في مال المضاربة، ولو أنفقَ عليهم المالكُ نفسه من المضاربة؛ كان استرداداً لرأس المال، لا من الرِّبح. اهـ ط عن الحموي[1].

(قوله: وَلَوْ بِكِرَاءٍ) هذا يفيدُ أنَّ له أن يَشتريَ دابَّةً للرُّكوب، فإن لم يَشترِ واكترى؛ لزمَه الكِراءُ، فلو قال: أو كراؤه؛ كان أوضحَ. ط[2].

(قوله: وَكُلُّ مَا يَحْتَاجُهُ عَادَةً) قال الزَّيلعيُّ: ومن مؤنته الواجبةِ فيه: غسلُ ثيابه، وأجرةُ من يخدِمُه، والدُّهنُ في موضعٍ يحتاجُ إليه كالحجاز، وأجرةُ الحمَّام والحلَّاق وقصِّ الشَّارب، كلُّ ذلك من مال المضاربة؛ لأنَّ العادةَ جرتْ بها، ولأنَّ نظافةَ البدن والثِّياب يوجبُ كثرةَ من يعامِلُه؛ لأنَّ صاحبَ الوسخ يعدُّونه النَّاسُ من المفاليس، فيَجتنبون معاملتَه، فيطلقُ له كلُّ ذلك بالمعروف، حتَّى إذا زادَ يضمنُ. ولو رجعَ إلى بلده وفي يده شيءٌ من النَّفقة؛ ردَّه إلى مال المضاربة، كالحاجِّ عن الغير إذا بقيَ شيءٌ في يده ردَّه على المحجوج عنه أو على الورثة، وكالغازي إذا خرجَ من دار الحرب يردُّ إلى الغنيمة ما معه من النَّفقة، وكالأَمَة إذا بوَّأها المولى منزلاً مع الزَّوج ثمَّ أخرَجَها إلى الخدمة وقد بقيَ شيءٌ من النَّفقة في يدها؛ استردَّها المولى. وعن الحسن عن أبي حنيفةَ: أنَّ الدَّواءَ أيضاً يكون في مال المضاربة؛ لأنَّه لا إصلاحَ دونه وتمكُّنه من العمل، وصارَ كالنَّفقة. وجهُ

(١) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧٥/ آ شهيد علي باشا، «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧١.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧١.

بالمعروف (فِي مَالِهَا) لو صحيحةً، ....

الظَّاهر: أنَّ النَّفقةَ معلومٌ وقوعُها، والحاجةُ إلى الدَّواء من العوارض، فكان موهومًا، فلا يجبُ كما في حقِّ المرأة. وفي «النِّهاية»: الشَّريكُ إذا سافَرَ بمال الشِّركة؛ فنفقتُه في ذلك المال. رُوي ذلك عن محمدٍ[1].

قال في «التَّاترخانيَّة» نقلاً عن «الخانيَّة»: قال محمدٌ: هذا استحسانٌ. اهـ[2]. أي: وجوبُ نفقته في مال الشِّركة، وحيث علمتَ أنَّه استحسانٌ فالعملُ عليه؛ لِمَا علمتَ أنَّ العملَ على الاستحسان إلا في مسائلَ ليستْ هذه منها. ذكره الخيرُ الرَّمليُّ[3].

وذكرَ في «الكافي» بعدما ذكرَ وجوبَ النَّفقة للمضارب فقال: بخلاف الشَّريك؛ لأنَّه لم يَجْرِ التَّعارفُ أنَّ الشَّريكَ العاملَ يُنفقُ عن نفسه من مال الشَّريك الآخر. اهـ. قال في «الشُّرنبلاليَّة» نقلاً عن «البزَّازيَّة»: وكذا آلةُ الخضاب وأكلُ الفاكهة كعادة التُّجَّار[4]. اهـ[5].

(قوله: بِالمَعْرُوفِ) فإن جاوَزَ المعروفَ؛ ضَمِنَ الفضلَ كما سيأتي.

(قوله: فِي مَالِهَا) سواءٌ كان المالُ قليلاً أو كثيراً. حموي[6]. لأنَّ النَّفقةَ تجبُ جزاءَ الاحتباس كنفقة القاضي والمرأة، والمضاربُ في المصر ساكنٌ بالسَّكَن الأصليِّ، وإذا سافَرَ صارَ محبوساً بالمضاربة، فيَستحقُّ النَّفقةَ. قيَّد بالمضارب؛ لأنَّ الأجيرَ والوكيلَ

---

(١) «النهاية»: ص٣٤١ (ت: العتيبي)، قال: (فالمضارب كذلك. كذا في المبسوط)، «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧١.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٥/ ٤٦٦ عن «المحيط».

(٣) «لوائح الأنوار»: ق٧٠/ب ولي الدين.

(٤) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٣٤.

(٥) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٣١٦ (بهامش درر الحكام).

(٦) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧٥/آ شهيد علي باشا.

لا فاسدةً؛ لأنَّه أجيرٌ، فلا نفقةَ له كمُستبضعٍ ووكيلٍ وشريكٍ. «كافي»[1]. وفي الأخير خلافٌ ....

والمستبضِعَ لا نفقةَ لهم مطلقاً؛ لأنَّ الأجيرَ يَستحقُّ البدلَ لا محالةَ، والوكيلُ والمستبضعُ متبرِّعانِ، وكذا الشَّريكُ إذا سافرَ بمال الشَّركة لا نفقةَ له ظاهر الرِّواية، وفي الاستحسانِ: له النَّفقةُ كما علمتَ. وسيأتي.

(قوله: **لا فَاسِدَةً**) كنفقة المضاربِ فيها من مال نفسه. «منح».

(قوله: **لِأَنَّهُ أَجِيرٌ**) أي: في الفاسدة.

(قوله: **كَمُسْتَبْضِعٍ وَوَكِيلٍ**) فهما متبرِّعانِ، وفي الأتقانيِّ: لا نفقةَ للمستبضع في مال البضاعة؛ لأنَّه متطوِّعٌ فيها، إلا أن يكون أَذِنَ له فيها. اهـ.

(قوله: **وَفِي الأَخِيرِ خِلَافٌ**) قال في «المنح»: وكذا الشَّريكُ إذا سافَرَ بمال الشِّركة لا نفقةَ له؛ لأنَّه لم يَجْرِ التَّعارفُ به. ذكره النَّسفيُّ في «كافيه». وصرَّحَ في «النِّهاية» بوجوبها في مال الشِّركة. اهـ[2]. وكأنَّه حبسَ نفسَه للمالين، فتكون النَّفقةُ على قدرهما. وقدَّمْنا قريباً أنَّ الوجوبَ استحسانٌ، وأنَّ العملَ عليه هنا. لكن في ابن ملكٍ ما يُفيدُ أنَّ المعتمدَ عدمُ الوجوب، فإنَّه نقلَ الوجوبَ روايةً عن محمدٍ فقط.

فالحاصلُ: أنَّ الذي عليه الفتوى الوجوبُ، لا سيَّما وقد أفتى به في «الحامديَّة» وأقرَّه سيدي المرحوم الوالدُ في «تنقيحه»[3]، على أنَّ العرفَ الآن عليه، فاغتنمْه.

---

(١) «الكافي» للنسفي: ق٢٨٧/ ب فيض الله.

(٢) «النهاية»: ص٣٤١ (ت: العتيبي).

(٣) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٦٧.

(وَإِنْ عَمِلَ فِي المِصْرِ) سواءٌ وُلدَ فيه أو اتَّخذَه داراً؛ (فَنَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ) كدوائه على الظَّاهر، أمَّا إذا نوى الإقامةَ بمصرٍ ولم يتَّخِذْه داراً؛ فله النَّفقةُ. ابنُ ملكٍ. ما لم يأخُذْ مالاً؛ لأنَّه لم يَحتبسْ بمالها. ولو سافرَ بماله ومالها، ....

(قوله: وَإِنْ عَمِلَ فِي المِصْرِ... إلخ) لأنَّه لم يَحبسْ نفسَه لأجل المضاربة، بل هو ساكنٌ بالسَّكن الأصليِّ كما قدَّمْناه قريباً.

(قوله: كَدَوَائِهِ عَلَى الظَّاهِرِ) أي: ظاهر الرِّواية، يعني: إذا مرِضَ كان دواؤه من ماله مطلقاً، أي: في السَّفَر والحضر؛ لأنَّه قد يَمرضُ وقد لا يمرضُ، فلا يكون من جملة النَّفقة. «برهان» وغيرُه. وعن أبي حنيفةَ: أنَّ الدَّواءَ في مال المضاربة؛ لأنَّه لإصلاح بدنه، وكذلك النُّورةُ والدُّهنُ في قولهما، خلافاً لمحمدٍ في الدُّهن. وفي سري الدِّين عن «المبسوط»: الحِجامةُ والكُحلُ كالدَّواء. اهـ[1].

(قوله: فَلَهُ النَّفَقَةُ) فلو أخذَ مالاً بالكوفة وهو من أهل البصرة، وكان قَدِمَ الكوفةَ مسافراً؛ فلا نفقةَ في المال ما دام في الكوفة، فإذا خرجَ منها مسافراً؛ فله النَّفقةُ حتَّى يأتيَ البصرةَ؛ لأنَّه خروجٌ لأجل المال، ولا يُنفقُ من المال ما دام بالبصرة؛ لأنَّ البصرةَ وطنٌ أصليٌّ له، فكانت إقامتُه فيه لأجل الوطن، لا لأجل المال، فإذا خرجَ من البصرة؛ له أن يُنفقَ من المال إلى أن يأتيَ الكوفةَ؛ لأنَّ خروجَه من البصرة لأجل المال، وله أن يُنفقَ أيضاً ما أقامَ بالكوفة حتَّى يعود إلى البصرة؛ لأنَّ وطنَه بالكوفة كان وطنَ إقامةٍ، وإنَّه يُبطِلُه بالسَّفَر... إلخ.

(قوله: مَا لَمْ يَأْخُذْ مَالاً) هذه العبارةُ تفيدُ أنَّه إذا أخذَ مالاً غيرَ مال المضاربة، بأن تركَه في بلده وسافرَ بمالٍ آخرَ وأقامَ بالكوفة، فأنَّه لا نفقةَ له بدليل المقابلة والتَّعليل،

(١) «المبسوط» للسرخسي: ٢٢/ ٦٣.

....

وليس الأمرُ كذلكَ، وكأنَّه فهمَ ذلك من قوله «المنح»: فلو أخذَ مالاً بالكوفة وهو من أهل البصرة، وكان قدمَ الكوفةَ مسافراً؛ فلا نفقةَ له. اهـ. والمقصودُ من هذه العبارة: هو ما لو نوى الإقامةَ بمصرٍ ولم يتَّخِذْه داراً؛ فله النَّفقةُ، إلا إذا كان قد أخذَ مالَ المضاربة في ذلك المصر، فلا نفقةَ له ما دامَ فيه، ويدلُّ له ما في «المبسوط»: ولو دفعَ المالَ إليه مضاربةً وهما بالكوفة، وليست الكوفةُ بوطنٍ للمضارب؛ لم يُنفقْ على نفسه من المال ما دامَ بالكوفة؛ لأنَّ إقامتَه فيها ليستْ للمضاربة، فلا يَستوجبُ النَّفقةَ ما لم يخرجْ منها، فإن خرجَ منها إلى وطنه، ثمَّ عادَ إليها في تجارةٍ؛ أنفقَ في الكوفة من مال المضاربة؛ لأنَّ وطنَه بها كان مُستعاراً، وقد انتقضَ بالسَّفَر، فرُجوعُه بعد ذلك إلى الكوفة وذهابُه إلى مصرٍ آخرَ سواءٌ[1]. مكي.

قال في «البحر»: فلو أخذَ مالاً بالكوفة وهو من أهل البصرة، وكان قدمَ الكوفةَ مسافراً؛ فلا نفقةَ له في المال ما دام بالكوفة، فإذا خرجَ منها مسافراً؛ فله النَّفقةُ حتَّى يأتيَ البصرةَ؛ لأنَّ خروجَه لأجل المال، ولا يُنفقُ من المال ما دام بالبصرة؛ لأنَّ البصرةَ وطنٌ أصليٌّ له، فكان إقامتُه فيه لأجل الوطن لا لأجل المال، فإذا خرجَ من البصرة؛ له أن يُنفقَ من المال إلى أن يأتيَ الكوفةَ؛ لأنَّ خروجَه من البصرة لأجل المال، وله أن يُنفقَ أيضاً ما أقامَ بالكوفة حتَّى يعودَ إلى البصرة؛ لأنَّ وطنَه بالكوفة كان وطنَ إقامةٍ، وإنَّه يبطلُ بالسَّفَر، فإذا عادَ إليها وليس له بها وطنٌ؛ فكأنَّ إقامتَه فيها لأجل المال. كذا في «البدائع» و«المحيط» و«الفتاوى الظَّهيريَّة»[2]. اهـ[3]. ويظهرُ منه: أنَّه لو كان له وطنٌ في الكوفة أيضاً؛ ليس له

---

(١) «المبسوط» للسرخسي: ٢٢/ ٦٥.

(٢) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١٠٦، «المحيط الرضوي»: ٦/ ١٧٠.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٦٩.

أو خلطَ بإذنٍ، أو بمالَيْن لرجلينِ؛ أنفقَ بالحصَّة، وإذا قَدِمَ ....

الإنفاقُ إلا في الطَّريق، ورأيتُ التَّصريحَ به في «التَّاترخانيَّة» من الخامس[1]. والحاصلُ: أنَّه إذا أخذَ مالاً بالكوفة وهو من أهل البصرة، وكان قدمَ الكوفةَ مسافراً قبل ذلك؛ فلا نفقةَ له ما دامَ بها حتى يرتحلَ عنها، وعليه فلا يخفى ما في كلام الشَّارح من الإيجاز الملحق بالألغاز.

أقول: وحقُّ العبارة هكذا: "ما لم يأخذْ مالَها فيه"؛ لأنَّه لم يَحبسْ به، ويفيدُ بمفهومه: أنَّه إذا احتبسَ بأن سافرَ من البلدة التي أخذ المالَ فيها ثمَّ عادَ بالمال إليها كان له النَّفقةُ؛ لأنَّه احتبسَ به حينئذٍ.

(قوله: أَوْ خَلَطَ... إلخ) أو بعُرفٍ شائعٍ كما قدَّمْنا أنَّه لا يضمنُ به.

(قوله: بِإِذْنٍ) أي: تصيرُ شِركةَ ملكٍ، فلا تنافي المضاربةَ. ونظيرُه ما قدَّمْناه: لو دفعَ إليه ألفاً نصفُها قرضٌ ونصفُها مضاربةٌ؛ صحَّ، ولكلِّ نصفٍ حكمُ نفسه. اهـ. مع أنَّ المالَ مشتركٌ شِركةَ ملكٍ، فلم يضمنِ المضاربةَ. وبه ظهرَ أنَّه لا ينافي ما قدَّمه الشَّارحُ عن «الكافي» من أنَّه ليس للشريك نفقةٌ. فافهمْ.

(قوله: أَوْ بِمَالَيْنِ لِرَجُلَيْنِ) هذا مخصوصٌ بأن لا يكون المالُ الآخرُ بضاعةً. قال في «المحيط البرهانيِّ»: ولو كان أحدُهما بضاعةً؛ فنفقتُه في المضاربة، إلا أن يتفرَّغَ للعمل في البضاعة، ففي ماله، إلا أن يأذنَ له المستبضِعُ بالنَّفقة منها؛ لأنَّه متبرِّعٌ. «تاتارخانيَّة» في الخامس عشر[2]. فيها من «العتابيَّة»: ولو رجعَ المضاربُ من سفره بعد موت ربِّ المال؛

(١) «الفتاوى التاترخانية»: الفصل الخامس عشر: ١٥/ ٤٤٥.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٥/ ٤٥٢.

رَدَّ ما بقِيَ. «مجمع»[1]. ويَضمنُ الزَّائدَ على المعروف. ولو أنفقَ من ماله ليَرجعَ في مالها؛ له ذلكَ، ولو هلكَ؛ لم يَرجعْ على المالك. (وَيَأْخُذُ المَالِكُ قَدْرَ مَا أَنْفَقَهُ

فله أن يُنفقَ من المال على نفسه وعلى الرَّقيق، وكذا بعد النَّهي، ولو كتبَ إليه ينهاهُ وقد صارَ المالُ نقداً؛ لم يُنفقْ في رجوعه. اهـ[2].

(قوله: رَدَّ مَا بَقِيَ) أي: لو ميَّزَ مالاً للنَّفقة، فأنفقَ بعضَه وبقيَ منه شيءٌ حين قدمَ مصرَه؛ رَدَّ ما بقيَ إلى المضاربة؛ لأنَّ الاستحقاقَ أمرٌ ينتهي بانتهاء السَّفَر. رحمتي عن ابن ملكٍ. والظَّاهرُ: أنَّه يردُّ ما زادَ عنه مما اشتراهُ للنَّفقة من كسوةٍ وطعامٍ عند انتهاء السَّفَر.

(قوله: وَلَوْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِهِ) أو استدانَ على المضاربة للنَّفقة. «بحر»[3]. وهذا يُفيدُ أنَّ قولَهم: لا يملكُ الاستدانةَ مقيَّدٌ بغير النَّفقة.

(قوله: لَهُ ذَلِكَ) وكذا لو استدانَ على المضاربة للنَّفقة؛ لأنَّ التَّدبيرَ في الإنفاق إليه، كالوصيِّ إذا أنفقَ من مال نفسه على الصَّغير. اهـ «بحر»[4].

(قوله: وَلَوْ هَلَكَ) أي: مالُ المضاربة قبل أن يَرجعَ.

(قوله: لَمْ يَرْجِعْ عَلَى المَالِكِ) لفوات محلِّ النَّفقة. «بحر»[5].

(قوله: وَيَأْخُذُ... إلخ) أي: إنَّ المالكَ يأخذُ المالَ الذي أنفقَه المضارِبُ من رأس المال من المال الذي جاءَ به المضاربُ، فإذا استوفى ربُّ المال رأسَ ماله الذي دَفعَه إلى

---

(١) «مجمع البحرين»: ص٤٢١.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٥/ ٤٥٣.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٠.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٠.

(٥) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٠.

المُضَارِبُ مِنْ رَأْسِ المَالِ إِنْ كَانَ ثَمَّةَ رِبْحٌ، فَإِنِ اسْتَوْفَاهُ وَفَضَلَ شَيْءٌ) من الرِّبح؛ **(اقْتَسَمَاهُ)** على الشَّرْط؛ لأنَّ ما أنفقَه يُجعلُ كالهالك، والهالكُ يُصرفُ إلى الرِّبح كما مرَّ. **(وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ رِبْحٌ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)** أي: المضارب.

المضارب بما اشترى به البضاعةَ وما أنفقَه وفضلَ شيءٌ؛ اقتسماهُ، وإن لم يظهرْ رِبْحٌ؛ فلا شيءَ على المضارب عِوَضاً عمَّا أنفقَه على نفسه.

(قوله: **مِنْ رَأْسِ المَالِ**) متعلِّقٌ بـ(أنفق). قال في «البحر»: وفيه إشارةٌ إلى أنَّ المضاربَ له أن يُنفقَ على نفسه من مال المضاربة قبل الرِّبح. اهـ[1]. قيَّد بالنَّفقة؛ لأنَّه لو كان في المال دَينٌ غيرَها؛ قُدِّمَ إيفاؤه على رأس المال كما في «المنح». وفي «البحر» أيضاً: وأطلقَ المضاربَ ليُفيدَ أنَّه لا فرقَ بين المضارب ومضاربه إذا كان أَذِنَ له في المضاربة، وإلا فلا نفقةَ للثَّاني[2].

(قوله: **إِنْ كَانَ ثَمَّةَ رِبْحٌ**) الأوضحُ أن يقول: من الرِّبح إن كان ثمَّةَ رِبحٌ.

(قوله: **وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ رِبْحٌ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ**) أي: على المضارب عِوَضاً عمَّا أنفقَه على نفسه. وحاصلُ المسألة: إنَّه لو دفعَ له ألفاً مثلاً، فأنفقَ المضارِبُ من رأس المال مائةً ورَبِحَ مائةً؛ يأخذُ المالكُ المائةَ الرِّبحَ بدلَ المائة التي أنفقَها المضارِبُ ليَستوفي المالكُ جميعَ رأس ماله، فلو كان الرِّبحُ في هذه الصُّورة مائتينِ؛ يأخذُ مائةً بدل النَّفقة، ويَقتسمان المائةَ الثَّانيةَ بينهما على ما شرطاهُ، فتكون النَّفقةُ مصروفةً إلى الرِّبح، ولا تكون مصروفةً إلى رأس المال؛ لأنَّ رأسَ المال أصلٌ والرِّبحَ تبعٌ، فلا يَسلمُ لهما التَّبعُ حتى يَسلمَ لربِّ المال الأصلُ. عيني[3].

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٠.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٠.

(٣) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٧.

(وَإِنْ بَاعَ المَتَاعَ مُرَابَحَةً حَسَبَ مَا أَنْفَقَ عَلَى المَتَاعِ مِنَ الحُمْلَانِ وَأُجْرَةِ السِّمْسَارِ وَالقَصَّارِ وَالصَّبَّاغِ وَنَحْوِهِ) ممَّا اعتِيدَ ضمُّه، (وَيَقُولُ) البائعُ: ("قَامَ عَلَيَّ بِكَذَا وَكَذَا"، يَضُمُّ إِلَى رَأْسِ المَالِ مَا يُوجِبُ زِيَادَةً فِيهِ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا، أَوِ اعْتَادَهُ التُّجَّارُ) كأجرةِ السِّمسار، هذا هو الأصلُ. «نهاية». (لَا) يضمُّ ما أنفقه ....

(قوله: حَسْبَ مَا أَنْفَقَ... إلخ) وفي «الكافي»: شرى بالمال ثياباً وهو ألفٌ، واستقرضَ مائةً للحمل؛ رابَحَ بألفٍ ومائةٍ عند الإمام، وعندهما: على مائةٍ فقط. ولو باعَها بألفينِ؛ قسمَ على أحدَ عشرَ جزءاً: سهمٌ له، والعشرةُ للمضاربة.

(قوله: مِنْ الحُمْلَانِ) قال في «مجمع البحرين»: والحملانُ بالضمِّ: الحملُ، مصدرُ: حَمَلَه، والحملانُ أيضاً: أجرُ ما يحملُ. اهـ. وهو المرادُ. ط[1].

(قوله: وَأُجْرَةِ السِّمْسَارِ) هو تكرارٌ مع ما تقدَّم في المتن.

(قوله: وَكَذَا يُضَمُّ إِلَى رَأْسِ المَالِ مَا يُوجِبُ زِيَادَةً) لأنَّها بالزِّيادة عن الثَّمن صارتْ كالثَّمن. زيلعي[2]. وهو مُستغنىً عنه بما قبله. ط[3].

(قوله: حَقِيقَةً) كالصَّبْغ والخياطة وكسوةِ المبيع وغيره.

(قوله: أَوْ حُكْمًا) كالقِصارة وحملِ الطَّعام وسَوقِ الغنم وسَقيِ الزَّرع وغيره.

(قوله: وَهَذَا هُوَ الأَصْلُ: «نِهَايَة»[4]) أشارَ بهذا إلى ما مرَّ في باب المرابحة بقوله:

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٢.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧١.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٢.

(٤) «النهاية»: ص٣٤٤ (ت: العتيبي).

(عَلَى نَفْسِهِ) لعدم الزِّيادة والعادةِ.

(مُضَارِبٌ بِالنِّصْفِ شَرَى بِأَلْفِهَا بَزّاً) أي: ثياباً، (وَبَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ، وَشَرَى بِهِمَا عَبْداً، فَضَاعَا فِي يَدِهِ) قبل نقدِهما لبائعِ العبد؛ (غَرِمَ المُضَارِبُ) نصفَ الرِّبح (رُبُعَهُمَا، ....

(وضابطُه: كلُّ ما يزيدُ في المبيع أو في قيمته يضمُّ، واعتمد العينيُّ عادةَ التُّجَّار بالضمِّ)، فإذا جرتِ العادةُ بضمٍّ ذلك يضمُّ.

(قوله: عَلَى نَفْسِهِ) أي: في السَّفَر، ففي الإقامة أَوْلى.

(قوله: لِعَدَمِ الزِّيَادَةِ وَالعَادَةِ) لَمَّا كان[1] في عبارة «المنح» ما يُشعرُ بأنَّ بعضَ النَّفقة تكون سبباً لزيادة الثَّمن، لكن لم تَجْرِ العادةُ بضمِّها، وهذا البحثُ يتعلَّقُ بباب المرابحة، وقد تقدَّم تحقيقُه. وعلى كلٍّ فهو تكرارٌ مع ما في المتن، والأَوْلى التَّمثيلُ بما يأخذُه العشَّارُ.

(قوله: بَزّاً) قال محمدٌ في «السِّيَر»: البَزُّ عند أهل الكوفة: ثيابُ الكتَّان أو القطن، لا ثيابُ الصُّوف أو الخزِّ[2]. «منح» عن «المغرب»[3]. وقيل: هو متاعُ البيت. ذكره مسكين[4].

(قوله: أَيْ: ثِيَاباً) أطلقَه إشارةً إلى أنَّ الحكمَ غيرُ مُقيَّدٍ بحقيقة البَزِّ التي هي الكتَّانُ أو القطنُ أو متاعُ البيت.

(قوله: فَضَاعَا) أي: الألفان، أي: هَلَكا في يده من غير تقصيرٍ منه. «برهان».

(قوله: غَرِمَ المُضَارِبُ رُبُعَهُمَا) لأنَّ المالَ لَمَّا صارَ ألفينِ؛ ظهر الرِّبحُ في المال، وهو ألفٌ، وكان بينهما نصفينِ، فيُصيبُ المضاربَ منه خمسُمائةٍ، فإذا اشترى بالألفين عبداً؛ صارَ مُشتركاً بينهما، فرُبعُه للمضارب وثلاثةُ أرباعه لربِّ المال. ثمَّ إذا ضاعَ الألفان قبل

---

(١) في هامش بولاق: (قوله: لما كان... إلخ، هكذا بالأصل، ولتحرر هذه العبارة. اهـ).

(٢) «شرح السير الكبير» للسرخسي: ص٧٣٨.

(٣) «المغرب»: ص٤٢.

(٤) «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٣٢.

وَ) غرمَ (المَالِكُ البَاقِيَ، وَ) يَصيرُ (رُبُعُ العَبْدِ) ملكاً (لِلْمُضَارِبِ) خارجاً عن المضاربة؛ لكونه مضموناً عليه، ومالُ المضاربة أمانةٌ، وبينهما تنافٍ، (وَبَاقِيهِ لَهَا، وَرَأْسُ المَالِ) جميعُ ما دفع المالكُ، وهو (أَلْفَانِ وَخَمْسُمِائَةٍ، وَ) لكن (رَابَحَ) المضاربُ في بيع العبد (عَلَى أَلْفَيْنِ) فقط؛ لأنَّه شراهُ بهما. (وَلَوْ بِيعَ) العبدُ (بِضِعْفِهِمَا) بأربعةِ آلافٍ؛ (فَحِصَّتُهَا ثَلَاثَةُ آلَافٍ) لأنَّ رُبعَه للمضارب، (وَالرِّبْحُ مِنْهَا نِصْفُ الأَلْفِ ....

النَّقد؛ كان عليهما ضمانُ العبد على قَدْر ملكهما في العبد، فرُبعُه على المضارب، وهو خمسُمائةٍ، وثلاثةُ أرباعه على ربِّ المال، وهو ألفٌ وخمسُمائةٍ. «منح».

وهو مشكلٌ؛ لأنَّ مالَ المضاربة في يده أمانةٌ، وما شراهُ إنَّما شراهُ للمضاربة، ألا يرى أنَّه بعد اقتسام الرِّبح قبل فسخِ المضاربة لو وقعَ خُسرانٌ يستردُّ منه الرِّبحَ، فعلمْنا أنَّ الرِّبحَ لم يملِكْه بمجرَّد حصوله، ولم يقع الشِّراءُ له. فليتأمَّلْ وجهُه.

(قوله: وَغَرِمَ المَالِكُ البَاقِيَ) ولكنِ الألفانِ يَجِبانِ جميعاً للبائع على المضارب، ثمَّ يَرجعُ المضاربُ على ربِّ المال بألفٍ وخمسمائةٍ؛ لأنَّ المضاربَ هو المباشِرُ للعقد، وأحكامُ العقد ترجعُ إليه. أتقاني.

(قوله: لِكَوْنِهِ مَضْمُونًا) علَّةٌ لقوله: (خارجاً عن المضاربة).

(قوله: وَبَيْنَهُمَا) أي: بين الضَّمان المفهوم من (مضمون) وبين الأمانة.

(قوله: وَبَاقِيهِ لَهَا) لأنَّ ضمانَ ربِّ المال لا يُنافي المضاربةَ.

(قوله: وَلَوْ بِيعَ العَبْدُ) أي: والمسألةُ بحالها.

(قوله: فَحِصَّتُهَا ثَلَاثَةُ آلَافٍ) ثمنُ ثلاثةِ أرباع العبد.

(قوله: لِأَنَّ رُبُعَهُ) أي: رُبعَ العبد ملكٌ للمضارب كما تقدَّم.

بَيْنَهُمَا) لأنَّ رأسَ المال ألفانِ وخمسُمائةٍ. (وَلَوْ شَرَى مِنْ رَبِّ المَالِ بِأَلْفٍ عَبْداً شَرَاهُ) ربُّ المال (بِنِصْفِهِ؛ رَابَحَ بِنِصْفِهِ) ....

(قوله: بَيْنَهُمَا) أي: والألفُ يختصُّ بها المضاربُ كما مرَّ.

(قوله: وَلَوْ شَرَى مِنْ رَبِّ المَالِ بِأَلْفٍ عَبْداً) أي: قيمتُه ألفٌ، فالثَّمنُ والقيمةُ سواءٌ، وإنَّما قلنا ذلك؛ لأنَّه لو كان فيهما فضلٌ بأن اشترى ربُّ المال عبداً بألفٍ قيمتُه ألفانِ، ثمَّ باعَه من المضارب بألفينِ بعدما عَملَ المضاربُ في ألف المضاربة ورَبحَ فيها ألفاً؛ فإنَّه يَبيعُه مرابحةً على ألفٍ وخمسمائةٍ حصَّة المضارب، أمَّا لو كان مالُ المضاربة ألفينِ؛ فهي كالمسألة الأولى. وكذا إذا كان في قيمة المبيع فضلٌ دون الثَّمن، بأن كان العبدُ يُساوي ألفاً وخمسَمائةٍ، فاشتراهُ ربُّ المال بألفٍ، وباعَه من المضارب بألفٍ؛ يَبيعُه المضاربُ مرابحةً على ألفٍ ومائتين وخمسينَ، وكذا عكسُه بأن شرى عبداً قيمتُه ألفٌ بألفٍ، فباعَه منه بألفٍ. فالمسألةُ رباعيَّةٌ: قسمانِ لا يُرابحُ فيهما إلا على ما اشترى ربُّ المال، وهما إذا كان لا فَضْلَ فيهما، أو لا فضلَ في قيمة المبيع فقط. وقسمانِ يُرابحُ عليه وعلى حصَّة المضارب، وهما: إذا كان فيهما فضلٌ، أو في قيمة المبيع فقط. وهذا إذا كان البائعُ ربَّ المال، فلو كان المضارب؛ فهو على أربعةِ أقسامٍ أيضاً كما يأتي. وتمامُه في «البحر» عن «المحيط»[1].

(قوله: شَرَاهُ رَبُّ المَالِ بِنِصْفِهِ) صفةُ (عبد).

(قوله: رَابَحَ بِنِصْفِهِ) جوابُ (شراه)، أي: فلا يجوزُ أن يَبيعَه مرابحةً على ألفٍ؛ لأنَّ بيعَه من المضارب كبيعه من نفسه؛ لأنَّه وكيلُه، فيكون بيعَ ماله بماله، فيكون كالمعدوم، وهو لا يجوزُ. وفي «حاشية الشِّلبيِّ»: لأنَّ عقدَ المرابحة عقدُ أمانةٍ، فيجب تنزيهُه عن الخيانة

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧١.

وكذا عكسُه؛ لأنَّه وكيلُه. ومنه عُلمَ جوازُ شراءِ المالك من المضارب، وعكسُه ....

وعن شُبْهة الخيانة، والعقدُ الأوَّلُ وقعَ لربِّ المال، والثَّاني كذلكَ؛ لأنَّ شراءَ المضارب لا يخرجُ عن ملك ربِّ المال، إلا أنَّه صحَّ العقدُ لزيادةِ فائدةٍ، وهي ثبوتُ اليد والتَّصرُّف للمضارب، فبقي شُبهةُ عدم وقوع العقد الثَّاني، فبيعُه مرابحةً على الثَّمن الأوَّل، وذلك خمسُمائةٍ. اهـ[1].

(قوله: **وَكَذَا عَكْسُهُ**) وهو ما لو كان البائعُ المضاربَ والمسألةُ بحالها، بأن شرى ربُّ المال بألفٍ عبداً شراهُ المضاربُ بنصفه ورأسُ المال ألفٌ؛ فإنَّه يُرابحُ بنصفِه، أي: يَبيعُه مرابحةً على خمسمائةٍ؛ لأنَّ البيعَ الجاريَ بينهما كالمعدوم. وهذا إذا كانت قيمتُه كالثَّمن لا فضلَ فيهما، ومثلُه لو الفضلُ في القيمة فقط، أمَّا لو كان فيهما فضلٌ أو في الثَّمن فقط؛ فإنَّه يُرابحُ على ما اشترى به المضارب وحصَّة المضارب. وبه علمَ أنَّ المسألةَ رباعيَّةٌ أيضاً. وتمامُه في «البحر»[2].

(قوله: **وَمِنْهُ عُلِمَ جَوَازُ شِرَاءِ المَالِكِ مِنَ المُضَارِبِ وَعَكْسُهُ**) أمَّا شراءُ المالك من المضارب مالَ المضاربة؛ فإنَّه وإن كان مالَ المالك، لكنَّه لا يملكُ التَّصرُّفَ فيه بعد صيرورته عَرضاً، وصحَّةُ العقد تحتملُ حصولَ الثَّمرة، وقد حصلتْ بملكه التَّصرُّفَ. وأمَّا شراءُ المضارب من ربِّ المال؛ فهو صحيحٌ؛ لأنَّ ما شراهُ لا يملكُ فيه العينَ ولا التَّصرُّفَ، وهو وإن شراهُ للمالك؛ لأنَّه وكيلٌ عنه، لكن في شرائه فائدةٌ، وهو حصولُ الرِّبح له، وفيه فائدةٌ للمالك أيضاً؛ لأنَّه ربَّما يعجزُ عن بيعه بنفسه.

(١) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٣، وفيه: (لأن عقد المضاربة...).

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧١.

(وَلَوْ شَرَى بِأَلْفِهَا عَبْداً قِيمَتُهُ أَلْفَانِ، فَقَتَلَ العَبْدُ رَجُلاً خَطأً؛ فَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الفِدَاءِ عَلَى المَالِكِ، وَرُبُعُهُ عَلَى المُضَارِبِ) على قَدْر ملكهما، (وَالعَبْدُ يَخْدُمُ المَالِكَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَالمُضَارِبَ يَوْمًا) لخُرُوجه عن المضاربةِ بالفداء؛ للتَّنافي كما مرَّ ....

(قوله: وَلَوْ شَرَى) أي: مَنْ معه ألفٌ بالنِّصف كما قيَّد به في «الكنز»[(١)].

(قوله: لِخُرُوجِهِ عَنِ المُضَارَبَةِ بِالفِدَاءِ) لأنَّ الفداءَ مؤنةُ الملك، فيتقدَّرُ بقدره، فإذا فَدَياهُ؛ خرجَ العبدُ كلُّه عن المضاربة. أمَّا نصيبُ المضارب؛ فإنَّه صارَ مضمونـاً عليه. وأمَّا نصيبُ ربِّ المال؛ فبقضاءِ القاضي بانقسام الفداء عليهما؛ لأنَّ قضاءَه بالفداء يَتضمَّنُ قسمةَ العبد بينهما؛ لأنَّ الخطابَ بالفداء يُوجبَ سلامةَ المفديِّ، ولا سلامةَ إلا بالقسمة. زيلعي[(٢)]. قال في «البحر»: لأنَّ الفداءَ مؤنةُ الملك، وقد كان الملكُ بينهما أرباعـاً؛ لأنَّه لَمَّا صارَ المالُ عينـاً واحداً؛ ظهرَ الرِّبحُ ـ وهو ألفٌ ـ بينهما، وألفٌ لربِّ المال، فإذا فَدَياهُ خرجَ عن المضاربة؛ لأنَّ نصيبَ المضارب صار مضمونـاً عليه، ونصيبَ ربِّ المال صار له بقضاء القاضي بالفداء عليهما، وإذا خرجَ عنها بالدَّفع أو بالفداء؛ غَرِما على قدر ملكهما. اهـ[(٣)]. والفرقُ بين هذا وبين ما مرَّ حيث لا يخرجُ هناك ما خصَّ ربَّ المال عن المضاربة وهنا يخرجُ؛ لأنَّ الواجبَ هناك ضمانُ التِّجارة، وهو لا ينافي المضاربةَ، وهنا ضمانُ الجناية، وهو ليس من التِّجارة في شيءٍ، فلا يبقى على المضاربة. «كفاية»[(٤)].

(قوله: كَمَا مَرَّ) أي: قريبـاً من أنَّ ضمانَ المضارب ينافي المضاربةَ.

(١) «كنز الدقائق»: ص٥٢٩.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٤.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٢.

(٤) «الكفاية»: ٦/ ٢٤٨.

ولو اختارَ المالكُ الدَّفعَ والمضاربُ الفداءَ؛ فله ذلكَ؛ لتوهُّمِ الرِّبح حينئذٍ..........

(قوله: وَلَوِ اخْتَارَ المَالِكُ الدَّفْعَ... إلخ) قال في «البحر»: قَيَّدَ بقوله: (قيمتُه ألفانِ)؛ لأنَّه لو كانت قيمتُه ألفاً؛ فتدبيرُ الجناية إلى ربِّ المال؛ لأنَّ الرَّقبةَ على ملكه لا مِلكَ للمضارب فيها، فإن اختارَ ربُّ المال الدَّفعَ والمضاربُ الفداءَ مع ذلك؛ فله ذلكَ؛ لأنَّه يَستبقي بالفداء مالَ المضاربة، وله ذلكَ؛ لأنَّ الرِّبحَ يتوهَّمُ. كذا في «الإيضاح». اهـ[1]. ونحوُه في «غاية البيان». ولا يخفى أنَّ الرِّبحَ في مسألة المصنِّف محقَّقٌ، بخلاف هذه، فقد علَّلَ لغير مذكورٍ. على أنَّ الظَّاهرَ: أنَّه في مسألة المتن لا يَنفردُ أحدُهما بالخيار لكون العبد مشتركاً، يدلُّ عليه ما في «غاية البيان»: ويكون الخيارُ لهما جميعاً إن شاءا فَدَيا، وإن شاءا دَفَعا. فتأمَّلْ. اهـ.

أقول: لكنَّ صدرَ عبارة «البحر» يُنافي آخِرَها، ولعلَّهما قولانِ: الأوَّلُ: أنَّ الخيارَ لربِّ المال؛ لأنَّ العبدَ مِلكُه وحده. والثَّاني: أنَّ الخيارَ للمضارب؛ لتوهُّم الرِّبح ولاستبقاءِ المضاربة. ثمَّ لا تنافي بين قوله هنا: لاستبقاء المضاربة وقول الشَّارح فيما مرَّ: (إنَّه يخرجُ عن المضاربة بالفداء)؛ لأنَّ ما مرَّ فيه للمضارب ربحٌ، فضمِنَ قَدْرَ ربحه من الفداء، والضَّمانُ ينافي المضاربةَ، بخلاف ما هنا. تأمَّلْ. وفي «البحر» قال: ثمَّ اعلم أنَّ العبدَ مشتركٌ في المضاربة إذا جنى خطأً لا يدفعُ بها حتى يحضرَ المضاربُ وربُّ المال، سواءٌ كان الأرشُ مثلَ قيمة العبد أو أقلَّ أو أكثرَ، وكذا لو كانت قيمتُه ألفاً لا غيرُ؛ لا يُدفعُ إلا بحضرتهما؛ لأنَّ المضارِبَ له فيه حقُّ ملكٍ، حتَّى ليس لربِّ المال أن يأخُذَه ويمنعَه من بيعه، كالمرهون إذا جنى خطأً لا يُدفعُ إلا بحضرة الرَّاهن والمرتهن.

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٢.

(اشْتَرَى بِأَلْفِهَا عَبْداً، وَهَلَكَ الثَّمَنُ قَبْلَ النَّقْدِ) للبائع؛ لم يضمنْ؛ لأنَّه أمينٌ، بل (دَفَعَ المَالِكُ) للمضارب (أَلْفاً أُخْرَى، ثُمَّ وَثُمَّ) أي: كلَّما هلكَ دفعَ أخرى إلى غير نهايةٍ، (وَرَأْسُ المَالِ جَمِيعُ مَا دَفَعَ) ....

والحاصلُ: أنَّه يُشترطُ حضرةُ ربِّ المال والمضاربِ للدَّفْع دون الفداء، إلا إذا أبى المضاربُ الدَّفعُ والفداءَ وقيمتُه مثلُ رأس المال؛ فلربِّ المال دفعُه لتعنُّتِه. فإن كان أحدُهما غائباً وقيمةُ العبد ألفا درهمٍ، ففداهُ الحاضرُ؛ كان متطوِّعاً؛ لأنَّه أدَّى دَيْنَ غيره بغير أمره، وهو غيرُ مضطرٍّ فيه، فإنَّه لو أقامَ بيِّنةً على الشِّركة لا يُطالبُ بحصَّةِ صاحبه لا بالدَّفع ولا بالفداء. كذا في «النِّهاية»[1]. وذكر قاضيخان: أنَّ المضاربَ ليس له الدَّفعُ والفداءُ وحده؛ لأنَّه ليس من أحكام المضاربة، فلذا كان إليهما. اهـ[2]. قال المقدسيُّ: ولو اختارَ المضارِبُ وحده الدَّفعَ؛ دفعَ حصَّتَه، والمالكُ مخيَّرٌ في الباقي بين الدَّفع والفداء. اهـ.

(قوله: اشْتَرَى) أي: المضارِبُ.

(قوله: ثُمَّ وَثُمَّ) فيه حذفُ المعطوف ودخولُ العاطف على مثله. حموي[3].

(قوله: وَرَأْسُ المَالِ جَمِيعُ مَا دَفَعَ) يعني: لا يكون للمضاربِ شيءٌ من الرِّبح حتَّى يصلَ ربُّ المال إلى جميعِ ما أوصَلَه للمضارب على أنَّه ثمنٌ، أمَّا إذا أرادَ المضاربُ أن يَبيعَه مرابحةً؛ لا يُرابحُ إلا على ألفٍ كما تقدَّم. اهـ شِلْبي[4].

(١) «النهاية»: ص٣٤٩ (ت: العتيبي) قال: (كذا ذكره الإمام المحبوبي).

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٢، ووقع في المطبوعة: (المشترى) بدل (مشترك)، وهو تصحيف.

(٣) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧٦/ ب شهيد علي باشا.

(٤) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٤.

بخلاف الوكيل؛ لأنَّ يدَه ثانياً يدُ استيفاءٍ لا أمانةٍ.

(قوله: بِخِلَافِ الوَكِيلِ) إذا كان الثَّمنُ مدفوعاً إليه قبل الشِّراء، ثمَّ هلكَ بعد الشِّراء؛ فإنَّه لا يَرجعُ إلا مرَّةً؛ لأنَّه أمكن جعلُه مُستوفياً؛ لأنَّ الوكالةَ تُجامعُ الضَّمانَ، كالغاصب إذا وكَّلَ ببيع المغصوب. ثمَّ في الوكالة في هذه الصُّورة يرجعُ مرَّةً، وفيما إذا اشترى ثمَّ دفعَ الموكِّلُ إليه المالَ فهلكَ بعده؛ لا يرجعُ؛ لأنَّه ثبتَ له حقُّ الرُّجوع بنفس الشِّراء، فجُعلَ مستوفياً بالقبض بعده. أمَّا المدفوعُ إليه قبل الشِّراء أمانةٌ في يده وهو قائمٌ على الأمانة بعده، فلم يَصِرْ مستوفياً، فإذا هلكَ يَرجعُ عليه مرَّةً، ثمَّ لا يَرجعُ لوقوع الاستيفاء. «بحر»[1]. والحاصلُ: أنَّ الوكيلَ إذا قبضَ الثَّمنَ بعد الشِّراء ثمَّ هلكَ؛ فإنَّه لا يرجعُ؛ لأنَّه ثبتَ له حقُّ الرُّجوع بنفس الشِّراء، فجُعلَ مستوفياً بالقبض بعده، وأمَّا لو دفعَ إليه قبل الشِّراء فهلكَ بعد الشِّراء؛ يَرجعُ مرَّةً؛ لأنَّ المدفوعَ إليه قبل أمانةٌ في يده، وهو قائمٌ على الأمانة بعده، فإذا هلكَ يرجعُ عليه مرَّةً ثمَّ لا يرجعُ؛ لوقوع الاستيفاء. أفاده المصنِّفُ.

(قوله: لِأَنَّ يَدَهُ ثَانِياً يَدُ اسْتِيفَاءٍ لا أَمَانَةٍ) بيانُه: أنَّ المالَ في يد المضارب أمانةٌ، ولا يمكن حملُه على الاستيفاء؛ لأنَّه لا يكونُ إلا بقبضٍ مضمونٍ، فكلُّ ما قبضَ يكون أمانةً، وقبضُ الوكيل ثانياً استيفاءٌ؛ لأنَّ وجبَ له على الموكِّل مثلُ ما وجبَ عليه للبائع، فإذا قبضَه صارَ مستوفياً له، فصار مضموناً عليه، فيَهلكُ عليه، بخلاف ما إذا لم يكن مدفوعاً إليه إلا بعد الشِّراء حيثُ لا يَرجعُ أصلاً؛ لأنَّه ثبتَ له حقُّ الرُّجوع بنفس الشِّراء، فجُعلَ مستوفياً بالقبض بعده؛ إذ المدفوعُ إليه قبله أمانةٌ، وهو قائمٌ على الأمانة بعده، فلم يَصِرْ مستوفياً، فإذا هلكَ يرجعُ مرَّةً فقط لِمَا قلنا.

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٢.

(مَعَهُ أَلْفَانِ، فَقَالَ) للمالك: ("دَفَعْتَ إِلَيَّ أَلْفًا وَرَبِحْتُ أَلْفًا"، وَقَالَ المَالِكُ: "دَفَعْتُ أَلْفَيْنِ"؛ فَالقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ) لأنَّ القولَ في مقدار المقبوض للقابضِ أمينًا أو ضمينًا، كما لو أنكَرَه أصلاً. (وَلَوْ كَانَ الاخْتِلَافُ مَعَ ذَلِكَ فِي مِقْدَارِ الرِّبْحِ؛ فَالقَوْلُ لِرَبِّ المَالِ فِي

(قوله: مَعَهُ) أي: المضارب.

(قوله: فَالقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ) وقال زفرُ: القولُ لربِّ المال، وهو قولُ أبي حنيفةَ أوّلاً؛ لأنَّ المضاربَ يدَّعي الرِّبحَ والشِّركةَ فيه، وربُّ المال يُنكرُه، فالقولُ قولُ المنكر. ثم رجعَ وقال: القولُ قولُ المضارب، وهو قولُهما، بأن حاصل اختلافهما في المقبوض، فالقولُ قولُ القابض في مقدار المقبوض ولو ضِمنيًّا اعتباراً بما لو أنكره أصلاً، فإنَّ القولَ له.

(قوله: لِأَنَّ القَوْلَ فِي مِقْدَارِ المَقْبُوضِ لِلْقَابِضِ) لأنَّه أحقُّ بمعرفة مقدار المقبوض.

(قوله: أَمِينًا) أي: كالمودَعِ.

(قوله: أَوْ ضَمِنيًا) كالغاصب.

(قوله: كَمَا لَوْ أَنْكَرَهُ) أي: القبضَ (أَصْلاً) فالقولُ قولُه.

(قوله: وَلَوْ كَانَ الإِخْتِلَافُ مَعَ ذَلِكَ) أي: مع الاختلاف في المقبوض الاختلافُ في مقدار الرِّبح، بأن قال ربُّ المال: "رأسُ المال ألفانِ وشرطتُ لك ثُلُثَ الرِّبح"، وقال المضاربُ: "رأسُ المال ألفٌ وشرطتَ لي نصفَ الرِّبح"؛ كان القولُ للمضارب في قَدْر رأس المال؛ لأنَّه القابضُ، والقولُ لربِّ المال في مقدار الرِّبح؛ لأنَّه المنكرُ للزِّيادة، وهو لو أنكرَ استحقاقَ الرِّبح عليه بالكلِّيَّة بأن ادَّعى البضاعةَ؛ قُبِلَ منه، فكذا في إنكاره الزِّيادةَ. ذكره الزَّيلعيُّ[1].

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٥.

مِقْدَارِ الرِّبْحِ فَقَطْ) لأنَّه يُستفادُ من جهته، (وَأَيُّهُمَا أَقَامَ بَيِّنَةً تُقْبَلُ، وَإِنْ أَقَامَاهَا؛ فَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ رَبِّ المَالِ فِي دَعْوَاهُ الزِّيَادَةَ فِي رَأْسِ المَالِ، وَ) بيِّنةُ (المُضَارِبِ فِي دَعْوَاهُ الزِّيَادَةَ فِي الرِّبْحِ) قيَّدَ الاختلافَ بكونه في المقدار؛ لأنَّه لو كان في الصِّفَة فالقولُ لربِّ المال، فلذا قال:

(قوله: فَقَطْ) لا في رأس المال، بل القولُ فيه للمضارب؛ لأنَّه القابضُ كما علمتَ.

(قوله: لِأَنَّهُ يُسْتَفَادُ مِنْ جِهَتِهِ) أي: من جهة ربِّ المال من حيث إنَّ الرِّبحَ نماءُ ملكه.

(قوله: وَإِنْ أَقَامَاهَا... إلخ) أي: لأنَّ بيِّنَةَ ربِّ المال في زيادةِ رأس المال أكثرُ إثباتـاً، ولأنَّ بيِّنَةَ المضارب في زيادة الرِّبح أكثرُ إثباتـاً كما في الزَّيلعيِّ[1].

ويؤخذُ من هذا ومن الاختلاف في الصِّفة: أنَّ ربَّ المال لو ادَّعى المضاربةَ، وادَّعى مَنْ في يده المالُ أنَّها عِنانٌ وله في المال كذا، وأقاما البيِّنةَ؛ فبيِّنةُ ذي اليد أَوْلى؛ لأنَّها أثبتتْ حصَّةً من المال وأثبتتِ الصِّفةَ.

أقول: لكن قد يقال: إنَّ كِلْتا البيِّنتين أثبتتْ حصَّةً وصفةً، وتزيدُ بيِّنةُ ربِّ المال بأنَّه خارجٌ، إلا أن يقال: إنَّ الصِّفةَ التي أثبتَتْها بيِّنةُ القابض أقوى؛ لأنَّ شركةَ العنان أقوى من المضاربة. فليتأمَّل.

(قوله: فِي المِقْدَارِ) أي: مقدار المقبوض.

(قوله: لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ فِي الصِّفَةِ) أي: صفة الدَّفع: هل هو مضاربةٌ أو بِضاعةٌ؟ وقال المالكُ: "بضاعةٌ ولم أجعلْ لك من الرِّبح شيئـاً"، وقال مَنْ في يده المالُ: "مضاربةٌ وجعلتَ لي نصفَ الرِّبح"؛ فالقولُ لربِّ المال؛ لأنَّ العاملَ يدَّعي عليه استحقاقَ أجرٍ على عمله وهو يُنكرُ، والقولُ للمنكر. وكان الأَوْلى تقديمُ هذه المسألة على المسألة السَّابقة،

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٥.

(مَعَهُ أَلْفٌ، فَقَالَ: "هُوَ مُضَارَبَةٌ بِالنِّصْفِ وَقَدْ رَبِحَ أَلْفًا"، وَقَالَ المَالِكُ: "هُوَ بِضَاعَةٌ"؛ فَالقَوْلُ لِلْمَالِكِ) لأنَّه مُنكرٌ، (وَكَذَا لَوْ قَالَ) المضاربُ: ("هِيَ قَرْضٌ"، وَقَالَ رَبُّ المَالِ: "هِيَ بِضَاعَةٌ، أَوْ وَدِيعَةٌ، أَوْ مُضَارَبَةٌ"؛ فَالقَوْلُ لِرَبِّ المَالِ، وَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضَارِبِ)؛ ....

فيقول: قيَّدَ بكونه في مقدار المقبوض؛ لأنَّه لو كان في مقدار الرِّبح أيضاً أو في الصِّفة؛ فالقولُ لربِّ المال. قال العلَّامة الرَّحمتيُّ: وقولُه: (لأنَّه لو كان في الصِّفة) ليس على إطلاقه؛ لأنَّه لو ادَّعى المالكُ القرضَ والقابضُ المضاربةَ أو البضاعةَ أو الوديعةَ؛ كان القولُ للقابض كما سيأتي متناً.

(قوله: فَقَالَ) أي: المضاربُ. (قوله: وَقَالَ المَالِكُ) الأَوْلى: ذو اليد.

(قوله: فَالقَوْلُ لِلْمَالِكِ) لأنَّه منكرٌ، ولأنَّ المضاربَ يدَّعي عليه تقويمَ عمله، أو شرطاً من جهته، أو يدَّعي الشَّركةَ في الرِّبح وهو ينكرُ. ذكره ابنُ الكمال[1].

(قوله: وَلَوْ قَالَ المُضَارِبُ) الأَوْلى: (واضعُ اليد)؛ لأنَّ المسألتين الأوليَيْن اتَّفقا فيهما على عدم المضاربة.

(قوله: "هِيَ قَرْضٌ") أي: وجميعُ الرِّبح لي.

(قوله: أَوْ وَدِيعَةٌ) إنَّما كان القولُ له وإن كان الرِّبحُ ليس له منه شيءٌ؛ لِمَا ذكره المؤلِّفُ من أنَّه يدَّعي عليه التَّمليكَ وهو يُنكرُ.

(قوله: وَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُضَارِبِ) سواءٌ أقامَها وحده أو مع ربِّ المال؛ لأنَّها تُثبتُ أمراً زائداً، وهو التَّمليكُ بالقرض.

(١) «الإيضاح»: ٢/٢٨٨- ٢٨٩.

لأنَّه يدَّعِي عليه التَّمليكَ، والمالكُ يُنكِرُ. (وَ) أمَّا (**لَوِ ادَّعَى المَالِكُ القَرْضَ وَالمُضَارِبُ المُضَارَبَةَ؛ فَالقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ**) لأنَّه يُنكرُ الضَّمانَ، وأيُّهما أقامَ البيِّنَةَ قُبلتْ. (**وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَةً؛ فَبَيِّنَةُ رَبِّ المَالِ أَوْلَى**) لأنَّها أكثرُ إثباتـاً.

(قوله: **لِأَنَّهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ التَّمْلِيكَ**) أي: تمليكَ بعض الرِّبح فيما إذا ادَّعى المضاربةَ، وتمليكَ عين المال فيما إذا ادَّعى القرضَ؛ لأنَّ المستقرِضَ يملِكُه، ولذا كان رِبحُه له.

(قوله: **لِأَنَّهُ يُنكِرُ الضَّمَانَ**) أي: وربُّ المال يدَّعيه، والقولُ للمنكر، فقد خرجتْ هذه عن قاعدة الاختلاف في الوصف لهذه العلَّة؛ لأنَّها أكثرُ إثباتـاً؛ لأنَّها تُثبتُ عليه ضمانَ البدل. ط[1].

(قوله: **فَبَيِّنَةُ رَبِّ المَالِ أَوْلَى لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتـاً**) لأنَّه يدَّعي عليه الضَّمانَ بالقرض، وهذا معنى قوله: (لأنَّها أكثرُ إثباتـاً)، وهذا ظاهرٌ فيما إذا ادَّعى المالكُ القرضَ؛ لأنَّها تُثبتُ الضَّمانَ على المستقرض، أمَّا لو ادَّعى القابضُ القرضَ؛ فينبغي أن تكون البيِّنةُ له؛ لأنَّ بيِّنتَه أكثرُ إثباتـاً، وهو تملُّكُ المال المقبوض، وكذا لو ادَّعى المضاربةَ؛ لأنَّها تُثبتُ استحقاقـاً في الرِّبح. تأمَّلْ. والحاصلُ: أنَّ القولَ لمدَّعي المضاربة في الوجهين، والبيِّنَة بيِّنةُ مدَّعي القرض فيهما على ما ذُكرَ. وفي «البدائع»: قال: "دفعتَ لي ألفا مضاربةً فهلكتْ"، فقال المقَرُّ له: "لا بل غصبْتَها منِّي"، فإنِ الهلاكُ قبل التَّصرُّف؛ فلا ضمانَ، وإن بعده يضمنُ، يعني: لأنَّ التَّصرُّفَ في مال الغير سببٌ لوجوب الضَّمان في الأصل، فكان دعوى الإذن دعوى البراءة عن الضَّمان، فلا يثبتُ إلا بحجَّةٍ[2]. والظَّاهرُ: أنَّ هذا لا يجري فيما نحن فيه؛ لأنَّه أقرَّ بالقبض المبيح للتَّصرُّف.

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٣.

(٢) «بدائع الصنائع»: كتاب الإقرار: ٧/ ٢١٧.

وأمَّا الاختلافُ في النَّوع، ....

(قوله: وَأَمَّا الاخْتِلَافُ فِي النَّوْعِ) هذا مقابلُ قوله المارِّ: (لأنَّه لو كان في الصِّفة)، وكان عليه أن يؤخِّرَ هذا إلى قوله: (ولو ادَّعى كلٌّ نوعًا)؛ لأنَّ الاختلافَ في العموم والخصوص ليس من الاختلاف في النَّوع، بل من الصِّفة، فلا يتمُّ التَّفريعُ الآتي عليه، وهو قولُه: (فإن ادَّعى المضاربُ... إلخ).

قال في «البدائع»: فإن اختَلَفا في العموم والخصوص؛ فالقولُ قولُ من يدَّعي العمومَ، بأن ادَّعى أحدُهما المضاربةَ في جميع التِّجارات، أو في عموم الأمكنة، أو مع عموم الأشخاص؛ لأنَّ قولَ من يدَّعي العمومَ يوافقُ المقصودَ بالعقد؛ إذ المقصودُ هو الرِّبحُ، وهنا المقصودُ بالعموم أوفرُ. وكذا لو اختَلَفا في الإطلاق والتَّقييد؛ فالقولُ قولُ من يدَّعي الإطلاقَ، حتَّى لو قال ربُّ المال: أذنتُ لك أن تتَّجرَ في الحنطة دون ما سواها، وقال المضاربُ: "ما سمَّيتَ لي تجارةً بعينها"؛ فالقولُ قولُ المضارب مع يمينه؛ لأنَّ الإطلاقَ أقربُ إلى المقصود بالعقد على ما بيَّنَّا. وقال الحسنُ بنُ زيادٍ: القولُ قولُ ربِّ المال في الفصلين، فإن قامتْ لهما بيِّنةٌ؛ فالبيِّنةُ بيِّنةُ من يدَّعي الخصوصَ في دعوى العموم والخصوص، وفي دعوى الإطلاق والتَّقييد بيِّنةُ من يدَّعي التَّقييدَ؛ لأنَّها تُثبتُ زيادةَ قيدٍ، وبيِّنةُ الإطلاق ساكتةٌ. ولو اتَّفقا على الخصوص، لكنَّهما اختَلَفا في ذلك الخاصِّ، بأن قال ربُّ المال: "دفعتُ المالَ إليك مضاربةً في البُرِّ"، وقال المضاربُ: "في الطَّعام"؛ فالقولُ قولُ ربِّ المال اتِّفاقًا؛ لأنَّه لا يمكن التَّرجيحُ هنا بالمقصود من العقد؛ لاستوائهما في ذلك، فترجَّحَ بالإذن، وإنَّه يُستفادُ من ربِّ المال، فإن أقاما البيِّنةَ؛ فالبيِّنةُ بيِّنةُ المضارب؛ لأنَّ بيِّنتَه مثبتةٌ، وبيِّنةُ ربِّ المال نافيةٌ؛ لأنَّه لا يحتاجُ إلى الإثبات، والمضاربُ يحتاجُ له

فإن ادَّعى المضارِبُ العمومَ أو الإطلاقَ، وادَّعى المالكُ الخصوصَ؛ فالقولُ للمضارب؛ لتمسُّكِه بالأصل ....

لدفع الضَّمان عن نفسه، فالبيِّنةُ المثبتةُ للزِّيادة أَوْلى[1]. كذا في «الحواشي الحمويَّة»[2].

(قوله: فَإِنِ ادَّعَى المُضَارِبُ العُمُومَ) أي: في أنواع التِّجارات.

(قوله: أَوِ الإِطْلَاقَ) بأن قال: أطلقتَ لي في السَّفر برّاً وبحراً.

(قوله: وَادَّعَى المَالِكُ الخُصُوصَ) أي: بنوعٍ من التِّجارة. والمناسبُ أو التَّقييد لتحسُنَ المقابلةُ بأن قال: قيَّدتُ لك السَّفرَ بالبرِّ.

(قوله: فَالقَوْلُ لِلْمُضَارِبِ) لأنَّ الأصلَ في المضاربة العمومُ؛ إذ المقصودُ منها الاسترباحُ، والعمومُ والإطلاقُ يناسبانه. وهذا إذا تَنازَعا بعد تصرُّف المضارب، فلو قبله؛ فالقولُ للمالك، كما إذا ادَّعى المالكُ بعد التَّصرُّف العمومَ والمضاربُ الخصوصَ؛ فالقولُ للمالك. «در منتقى»[3]. ومثلُه في «الخانيَّة» و«غاية البيان» والزَّيلعيِّ و«البحر» وغيرها[4]. وحكى ابنُ وهبان في «نظمه» قولينِ. وفي «مجموعة الأنقرويِّ» عن «محيط السَّرخسيِّ»: لو قال ربُّ المال: "هو قرضٌ"، والقابضُ: "مضاربةٌ"، فإنْ بعد ما تصرَّفَ؛ فالقولُ لربِّ المال، والبيِّنةُ بيِّنتُه أيضاً، والمضاربُ ضامنٌ، وإن قبلَه؛ فالقولُ قولُه ولا ضمانَ عليه، أي: القابض؛ لأنَّهما تَصادَقا على أنَّ القبضَ كان بإذن ربِّ المال، ولم يثبتِ القرضُ لإنكار القابض. اهـ[5]. ونقلَ فيها عن «الذَّخيرة» من الرَّابع مثلَه. ومثلُه في كتاب «القول لمن» عن

(١) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١٠٩ باختصار.

(٢) «غمز عيون البصائر»: ٢/ ٢١٨- ٢١٩.

(٣) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٣٦ (بهامش مجمع الأنهر).

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٥، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٣.

(٥) «المحيط الرضوي»: ٦/ ٢٢٢.

ولو ادَّعى كلٌّ نوعـًا؛ فالقولُ للمالك، والبيِّنةُ للمضارب، فيُقيمُها على صحَّة تصرُّفه، ويلزَمُه نفيُ الضَّمان. ولو وقَّتَ البيِّنتانِ؛ قُضيَ بالمتأخرِّة، وإلا فبيِّنةُ المالك.

غانم البغداديِّ عن «الوجيز». وبمثله أفتى علي أفندي مفتي الممالك العثمانيَّة، وكذا قال في «فتاوى ابن نجيمٍ»: القولُ لربِّ المال[1]. ويمكن أن يقال: إنَّ ما في «الخانيَّة» والمصنِّف وما قدَّمْناه عن «الدُّر المنتقى» فيما إذا كان قبل التَّصرُّف حملاً للمطلق على المقيَّد لاتِّحاد الحادثة والحكم. وبالله التَّوفيق. كذا في «مجموعة منلا علي» ملخَّصـًا.

(قوله: وَلَوِ ادَّعَى كُلٌّ نَوْعـًا) بأن قال أحدُهما: "في بَزٍّ"، وقال الآخرُ: "في بُرٍّ".

(قوله: فَالقَوْلُ لِلْمَالِكِ) لأنَّهما اتَّفَقا على الخصوص، فكان القولُ قولَ من يستفادُ من جهته الإذنُ، والبيِّنةُ بيِّنةُ المضارب؛ لحاجته إلى نفي الضَّمان وعدمِ حاجته إلى البيِّنة. ذكره الزَّيلعيُّ[2].

(قوله: وَالبيِّنَةُ لِلْمُضَارِبِ فَيُقِيمُهَا عَلَى صِحَّةِ تَصَرُّفِهِ) يعني: أنَّ البيِّنةَ تكون حينئذٍ على صحَّة تصرُّفِه، لا على نفي الضَّمان حتَّى تكون على النَّفي، فلا تُقبلُ.

(قوله: وَلَوْ وَقَّتَتِ البيِّنَتَانِ) بأن قال ربُّ المال: أدَّيتُ إليك مضاربةً أن تعملَ في بَزٍّ في رمضانَ، وقال المضاربُ: دفعتَ إليَّ لأعمل في طعامٍ في شوَّال، وأقاما البيِّنةَ.

(قوله: قُضِيَ بِالمُتَأَخِّرَةِ) لأنَّ آخرَ الشَّرطين ينقضُ الأوَّلَ. «عناية»[3].

(قوله: وَإِلَّا) أي: إن لم يُوقِّتا، أو وقَّتتْ إحداهما دون الأخرى.

(قوله: فَبيِّنَةُ المَالِكِ) لأنَّه يتعذَّرُ القضاءُ بهما معـًا للاستحالة، وعلى التَّعاقب؛ لعدم

(١) «فتاوى ابن نجيم: ص١٥٨ (بهامش الفتاوى الغياثية).

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٦.

(٣) «العناية»: ٨/ ٤٨٣.

الشَّهادة على ذلك، وإذا تعذَّرَ بهما القضاءُ؛ فبيِّنةُ ربِّ المال أَوْلى؛ لأنَّها تُثبتُ ما ليس بثابتٍ. أفاده الأكملُ[1]. وهذا ينافي ما قدَّمه من أنَّ البيِّنةَ للمضارب؛ إذ هو عند تعارُضِ البيِّنتين، وإلا فهي لمن أقامها. إلا أن يُحملَ على أنَّ البيِّنةَ أقامها المضاربُ فقط، وهو بعيدٌ؛ لأنَّه إذا انفردَ كلٌّ بإقامة البيِّنة قُبلتْ منه، فلا وجهَ للتَّخصيص. وحاصلُه: أنَّه لم يظهرْ وجهُ ما ذكره؛ لأنَّ المفهومَ من تصوير صاحب «الدُّرَر» و«العزميَّة»: أنَّهما اتَّفقا على المضاربة واختَلَفا في الوقت، وأقاما بيِّنةً وأرَّخت البيِّنتانِ؛ يُقضى بالمتأخِّرة[2]، فلا يقال: وإلا لأنَّهما إذا لم يُوقِّتا لا حاجةَ إليهما بعد الاتِّفاق على المضاربة، إلا أن يقال: إلا أنَّ الاختلافَ في التَّوقيت مبنيٌّ على الاختلاف في النَّوع، لكنَّ المفهومَ خلافُه.

قال خيرُ الدِّين الرَّمليُّ: وجهُه: أنَّ المضاربَ بقوله: "ما سمَّيتَ لي تجارةً بعينها" يدَّعي التَّعميمَ، وهو أصلٌ في المضاربة، فالقولُ قولُ من يدَّعيه، وربُّ المال بدعواه النَّوعَ ادَّعى التَّخصيصَ، وهو خلافُ الأصل فيها، والبيِّنةُ للإثبات، والإثباتُ على من خالفَ الأصلَ. وأقول: على هذا الاختلافُ بين الوكيل والموكِّل في ذلك على العكس. تأمَّلْ.

قال في «البحر» في الوكالة: "أمرتُكَ بالاتِّجار في البُرِّ"، وادَّعى الإطلاقَ؛ فالقولُ للمضارب؛ لادِّعائه عمومَه. وعن الحسن عن الإمامِ: أنَّه لربِّ المال؛ لأنَّ الإذنَ يُستفادُ منه، وإن بَرهَنا، فإن نصَّ شهودُ العامل أنَّه أعطاهُ مضاربةً في كلِّ تجارةٍ؛ فهو أَوْلى لإثباته الزِّيادةَ لفظاً ومعنىً، وإن لم ينصُّوا على هذا الحرف؛ فلربِّ المال[3]. اهـ[4].

---

(١) «البناية»: ١٠/ ١٠٤.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٣١١.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ١٧٣.

(٤) «لوائح الأنوار»: ق٧١/آ ولي الدين.

فروعٌ: دفعَ الوصيُّ مالَ الصَّغير إلى نفسه مُضاربةً جازَ، وقيَدَه الطَّرسوسيُّ: بأنْ لا يجعلَ الوصيُّ لنفسه من الرِّبح أكثرَ ممَّا يُجعلُ لأمثاله. وتمامُه في «شرح الوهبانيَّة».

(قوله: جَازَ) فيكون عاقداً من الجانبين، كما في النِّكاح وهبة الأب من طفله.

(قوله: وَقَيَّدَهُ الطَّرْسُوسِيُّ) أي: بحثاً منه. وردَّه ابنُ وهبانَ: بأنَّه تقييدٌ لإطلاقهم برأيه مع قيام الدَّليل على الإطلاق. واستظهرَ ابنُ الشِّحنة ما قاله الطَّرسوسيُّ نظراً للصَّغير[1]، أي: ويكون هذا التَّقييدُ مرادَ من أطلقَ؛ ليَحصلَ به نفيُ التُّهمة. لكن في «جامع الفصولين» عن «الملتقط»: ليس للوصيِّ في هذا الزَّمان أخذُ مال اليتيم مضاربةً[2]، فهذا يُفيدُ المنعَ مطلقاً.

(قوله: بِأَنْ لَا يَجْعَلَ الوَصِيُّ لِنَفْسِهِ مِنَ الرِّبْحِ أَكْثَرَ مِمَّا يُجْعَلُ لِأَمْثَالِهِ) بأن كان الغيرُ يجعلُ لليتيم النِّصفَ منه، فجعل الوصيُّ الثُّلثَ له.

(قوله: وَتَمَامُهُ فِي «شَرْحِ الوَهْبَانِيَّةِ») أي: لابن الشِّحنة؛ لأنَّه إذا أطلقَ «شرح الوهبانيَّة» ينصرفُ إليه، كما إذا أُطلقَ «شرح الكنز» ينصرفُ للشَّارح الزَّيلعيِّ، وكذا «شرح الوقاية» للشَّارح الشُّمنيِّ، و«شرح الهداية» لصاحب «فتح القدير»، و«شرح القدوري» «للجوهرة» كما هو مقتضى كلامهم. وعبارةُ ابن الشِّحنة حيث قال بعد الذي ذكره الشَّارحُ: حتَّى لو كان النَّاسُ يعتقدون المضاربةَ بالنِّصف حتَّى عَقدَها هو لنفسه في مال الصَّغير بالثُّلث؛ لا يجوز له ذلكَ، وقال: إنَّه ما زادَ ذلك إلا دفعاً لِمَا تُوهمُه عبارةُ «الذَّخيرة» من الجواز للتَّعليل بالاستنماءِ وعدم الاستحقاق من مال الصَّغير، وإنَّما هو من الرِّبح الحاصل بعمل المضارب، وقال: إنَّه لم يقفْ على هذا التَّقييد في كلام الأصحاب، ولكنَّه ينبغي أن يكون

(١) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٤٥.

(٢) «الملتقط»: كتاب الوصايا: ص٤٥٣ عن أبي نصر، «جامع الفصولين»: ٢/ ١٤.

وفيها: ماتَ المضارِبُ ولم يوجدْ مالُ المضاربة فيما خلَّفَ؛ ....

كذلك نظراً للصَّبيِّ. وتعجَّبَ المصنِّفُ من تقييده بما أطلقَه المشايخُ برأيه مع قيام الدَّليل على الإطلاق؛ لأنَّه نفعٌ صِرفٌ، ووثوقُ الوصيِّ بنفسه ليس كوثوقه بغيره. نعم، لو جَعلَه من بابِ الدِّيانة والمروءة لكان حَسَناً، لكنْ لو عقدَ بأقلَّ صحَّ. اهـ. قلتُ: الأظهرُ عندي ما قاله الطَّرسوسيُّ؛ لأنَّ تصرُّفَ الوصيِّ إنَّما هو بالولاية النَّظريَّة، ولا نَظَرَ للصَّبيِّ في المضاربة في مالٍ بأقلَّ مما يفعلُه أمثالُ الوصيِّ من الثِّقات، بل النَّظرُ فيه لجانب الوصيِّ، فإنَّه يُحصِّلُ لنفسه ربحاً به يتعذَّرُ حصولُه بدون مال اليتيم مع الحَيْف على اليتيم، وإن كان مصلحةً من حيث إنَّه يحصلُ الرِّبحُ في الجملة. اللهمَّ إلا أن يقال: يكفي حصولُ المصلحة في الجملة وإن أمكنَ ما هو أَوْلى منها. اهـ[1]. قال الشُّرنبلاليُّ بعد نقل ما عن الطَّرسوسيِّ: ونازَعَه المصنِّفُ، وارتضى الشَّارحُ ذلك القيدَ نظراً للصَّغير بحثاً منه. انتهى[2].

أقول: ولا تنسَ ما قدَّمْناه عن «جامع الفصولين» عن «الملتقط».

(قوله: وَفِيهَا) أي: «الوهبانيَّة».

(قوله: مَاتَ المُضَارِبُ... إلخ) وكذا المودَعِ والمستعيرُ وكلُّ من كان المالُ في يده أمانةً إذا ماتَ قبل البيان، ولا تُعرفُ الأمانةُ بعينها، فإنَّه يكون عليه دَيْناً في تركته؛ لأنَّه صارَ بالتَّجهيل مُستهلكاً للوديعة، أي: مثلاً، ولا يُصدَّقُ ورثتُه على الهلاك والتَّسليمِ إلى ربِّ المال. ولو عيَّنَ الميتُ في حال الحياة أو علمَ ذلك؛ يكون ذلك أمانةً في يد وصيِّه أو

(١) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٤٥.

(٢) «تيسير المقاصد»: ص٤٧٤.

عادَ ديناً في تركته[1].

وفي «الاختيار»: دفعَ المضاربُ شيئاً للعاشر ليَكُفَّ عنه؛ ضَمِنَ؛ لأنَّه ليس من أمور التِّجارة[2]. لكن صرَّحَ في «مجمع الفتاوى» بعدم الضَّمان في زماننا، قال: وكذا

وارثه كما كان في يده، ويُصدَّقون على الهلاك والدَّفع إلى صاحبه كما يُصدَّقُ الميتُ حال حياته. انتهى. وسيأتي تمامُه في الوديعة.

(قوله: عَادَ دَيْنًا فِي تَرِكَتِهِ) أي: لأنَّه صارَ بالتَّجهيل مستهلِكاً كما علمتَ، وأفتى به في «الحامديَّة» قائلاً: وبه أفتى قارئُ «الهداية»[3].

(قوله: لَكِنْ صَرَّحَ فِي «مَجْمَعِ الفَتَاوَى») نقلَ في «المنح» عنه ما نصُّه: قال الشَّيخُ الإمامُ الأجلُّ: وكان شيخُنا يقول: الجوابُ في زماننا بخلاف هذا، ولا ضمانَ على المضارب فيما يُعطي من مال المضاربة لسُلطانٍ طَمِعَ فيه وقصدَ أخذَه بطريق الغصب، وكذا الوصيُّ إذا صانَعَ في مال اليتيم؛ لأنَّهما يَقصدانِ الإصلاحَ بهذه المصانعة، فلو لم يفعلْ أخذَ المصانِعُ جميعَ المال، فدفعُ البعض لإحراز ما بقيَ من جملة الحفظ في زماننا. والأمينُ فيما يَرجعُ إلى الحفظ لا يكون ضامناً، أمَّا في زمانهم؛ فكانت القوَّةُ لسلاطين العدل. انتهى مختصراً. ويؤخذُ من هذا: أنَّه إذا دفعَ من مال نفسه يكون متبرِّعاً، فيضيعُ عليه ما دفعَ، إلا إذا أشهدَ عند الدَّفع أنَّه يرجعُ. ويُحرَّرُ. قال الرَّحمتيُّ: لا يَضمنُ في زماننا لغلبة أهل الظُّلم، والرِّشوةُ إذا كانت لدفعِ الضَّرر عن نفسه وعن ربِّ المال كانت جائزةً للدَّافع مأذوناً فيها عادةً من المالك، وإن حَرُمَتْ على الآخذ. انتهى.

---

(١) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٤٣.

(٢) «الاختيار»: ٣/ ٢٥.

(٣) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٦٥.

الوصيُّ؛ لأنَّهما يَقصدانِ الإصلاحَ، وسيجيءُ آخرَ الوديعة. وفيه: لو شرى بمالها

(قوله: **لِأَنَّهُمَا يَقْصِدَانِ الإِصْلَاحَ**) أي: في هذه الرِّشوة، فدفعُ البعض لإحراز ما بقيَ من جملة الحفظ، والأمينُ فيما يَرجعُ للحفظ لا يكون ضامناً. «منح».

(قوله: **وَسَيَجِيءُ آخِرَ الوَدِيعَةِ**) ونصُّه: (إذا هدِّدَ وخافَ تلفَ نفسه، أو عضوه، أو خشيَ أخذَ ماله كلِّه؛ فلا ضمانَ، وفيما سوى ذلك يضمنُ). فتأمَّل. وسيأتي الكلامُ على ذلك إن شاء اللهُ تعالى.

(قوله: **وَفِيهِ: لَوْ شَرَى... إلخ**) نقله في «المنح» بأبسطَ من هذا حيث قال: وفيه أيضاً: إذا اشترى المضاربُ بالمال متاعاً، فقال المضاربُ: "أنا أمسِكُه حتَّى أجدَ رِبحاً كثيراً"، وأرادَ ربُّ المال بيعَه؛ فهذا على وجهينِ: إمَّا أن يكون في مال المضاربة فضلٌ، بأن كان رأسُ المال ألفاً فاشترى به متاعاً يساوي ألفينِ، أو لم يكن في المال فضلٌ، بأن كان رأسُ المال ألفاً واشترى به متاعاً يُساوي ألفاً، ففي الوجهين جميعاً لا يكون للمضارب حقُّ إمساكِ المتاع من غير رضى ربِّ المال، إلا أن يُعطيَ ربُّ المال رأسَ المال إن لم يكن فيه فضلٌ، ورأس المال وحصَّته من الرِّبح إن كان فيه فضلٌ، فحينئذٍ له حقُّ إمساكه، وإن لم يُعْطِ ذلك ولم يكن له حقُّ إمساكه: هل يُجبرُ على البيع؟ إن كان في المال فضلٌ يُجبرُ المضاربُ على بيعه؛ لأنَّه سَلِمَ له بدلُ عمله، فيُجبرُ على العمل، إلا أن يقول لربِّ المال: "أعطيكَ رأسَ المال وحصَّتَك من الرِّبح إن كان في المتاع فضلٌ"، أو يقول: "أعطيكَ رأسَ المال إن لم يكن فضلٌ"، فإن اختارَ ذلك فحينئذٍ لا يُجبرُ على البيع، ويُجبرُ ربُّ المال على قبول ذلك نظراً من الجانبين. وإن لم يكن في المال فضلٌ؛ لا يُجبرُ على البيع ويقال لربِّ المال: "المتاعُ كلُّه خالصُ ملكِكَ، فإمَّا أن تأخُذَه برأس مالك أو تَبيعَه حتَّى

متاعًا، فقال: "أنا أمسِكُه حتَّى أجدَ ربحًا كثيراً"، وأرادَ المالكُ بيعَه، فإنْ في المال ربحٌ؛ أُجبرَ على بيعه لعملِه بأجرٍ كما مرَّ، إلا أن يقولَ للمالكُ: "أُعطيكَ رأسَ المال وحصَّتَك من الرِّبح"، فيُجبرُ المالكُ على قبول ذلكَ.

تصلَ إلى رأس مالكَ". انتهى من مضاربة «الذَّخيرة» و«المحيط»[1].

والحاصلُ: أنَّ الكلامَ هنا في موضعين: الأوَّلُ: حقُّ إمساك المضارب المتاعَ من غير رضى رب المال. والثَّاني: إجبارُ المضارب على البيع حيث لا حقَّ له في الإمساك. أمَّا الأوَّلُ؛ فلا حقَّ له فيه سواءٌ كان في المال رِبْحٌ أو لا، إلا أن يُعطيَ لربِّ المال رأسَ المال فقط إن لم يَربحْ، أو مع حصَّتِه من الرِّبح، فحينئذٍ له حقُّ الإمساك. وأما الثَّاني -وهو إجبارُه على البيع-؛ فهو أنَّه إن كان في المال رِبحٌ أُجبرَ على البيع، إلا أن يدفعَ للمالك رأسَ ماله مع حصَّتِه من الرِّبح، وإن لم يكن في المال رِبحٌ لا يُجبرُ، ولكن له أن يدفعَ للمالك رأسَ ماله، أو يدفعَ له المتاعَ برأس ماله. هذا حاصلُ ما فهمتُه من عبارة «المنح» عن «الذخيرة»، وهي عبارةٌ معقَّدةٌ كما سمعتَ. وقد راجعتُ عبارةَ «الذَّخيرة»، فوجدتُها كما في «المنح»، ونقلَها في «الهندية» عن «المحيط»[2]. ومثلُه في «الفتاوى العطائيَّة».

وبقيَ: ما إذا أراد المالكُ أن يُمسكَ المتاعَ والمضاربُ يريدُ بيعَه، وهو حادثةُ الفتوى، ويُعلمُ جوابُها مما مرَّ قُبَيل الفصل من أنَّه لو عَزلَه وعلمَ به والمالُ عروضٌ؛ باعَها وإن نهاهُ المالكُ، ولا يملكُ المالكُ فسخَها ولا تخصيصَ الإذنِ؛ لأنَّه عزلٌ من وجهٍ.

(قوله: كَمَا مَرَّ) الذي مرَّ تعليلٌ لغير هذا، وهو أنَّه يُجبرُ على قضاء الدَّين إن كان في المال رِبحٌ.

---

(١) «الذخيرة البرهانية»: ١١/٤٠٨-٤٠٩.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/٢٩٥-٢٩٦.

وفي «البزَّازيَّة»: دفعَ إليه ألفاً نصفُها هبةٌ ونصفُها مضاربةٌ، فهلكتْ؛ يَضمنُ حصَّةَ الهبة. اهـ[1].

قلتُ: والمفتى به: أنَّه لا ضمانَ مطلقاً: لا في المضاربةِ؛ لأنَّها أمانةٌ، ولا في الهبة؛ لأنَّها فاسدةٌ، وهي تُملكُ بالقبض على المعتمدِ المفتى به كما سيجيءُ، فلا ضمانَ فيها، وبه يضعفُ قولُ «الوهبانيَّة»:

وَأَوْدَعَهُ عَشْراً عَلَى أَنَّ خَمْسَةً لَهُ هِبَةٌ فَاسْتَهْلَكَ الخَمْسَ يَخْسَرُ

(قوله: يَضْمَنُ حِصَّةَ الهِبَةِ) لأنَّ هبةَ المشاع الذي يقبلُ القسمةَ غيرُ صحيحةٍ، فتكون في ضمانه.

(قوله: وَهِيَ تُمْلَكُ بِالقَبْضِ عَلَى المُفْتَى بِهِ) قال السَّائحانيُّ: أقول: لا تنافي بين الملك بالقبض والضَّمانِ. اهـ. ونصَّ عليه في «جامع الفصولين» حيث قال رامزاً لـ«فتاوى الفضليِّ»: الهبةُ الفاسدةُ تفيدُ الملكَ بالقبض، وبه يُفتى. ثمَّ إذا هلكتْ أفتيتُ بالرُّجوع للواهب هبةً فاسدةً لذي رَحِمٍ مَحرمٍ منه؛ إذ الفاسدةُ مضمونةٌ، فإذا كانت مضمونةً بالقيمة بعد الهلاك؛ كانت مستحقَّةَ الردِّ قبل الهلاك. اهـ[2]. فتنبَّهْ.

(قوله: وَأَوْدَعَهُ عَشْراً) بعده بيتٌ متوقِّفٌ عليه، وهو:

لَهُ سَبْعَةٌ قَالُوا: وَنِصْفاً إِذَا تَوَتْ لَهُ الخَمْسَةُ الأُخْرَى وَفِي الشَّرْعِ يُنْشَرُ

قال الشُّرنبلاليُّ: صورتُها: رجلٌ دفعَ لغيره عشرةَ دراهمَ وقال: "خمسةٌ منها هبةٌ لك وخمسةٌ وديعةٌ عندكَ"، فاستهلكَ القابضُ منها خمسةً وهلكتِ الخمسةُ الباقيةُ؛ ضمنَ سبعةً

---

(١) «الفتاوى البزازية»: كتاب الهبة: ٢/ ٣٦٠.

(٢) «جامع الفصولين»: ٢/ ٤٢.

....

ونصفًا؛ لأنَّ الخمسةَ الموهوبةَ مضمونةٌ على القابض؛ لأنَّها هبةُ مشاعٍ يَحتملُ القسمةَ، وهي فاسدةٌ، والخمسةُ التي استهلَكَها نصفُها من الهبة ونصفُها من الأمانة، فيَضمنُ هذه الخمسةَ، والخمسةُ التي ضاعتْ نصفُها من الهبة، فيَضمنُ نِصفَها، فصار المضمونُ سبعةً ونصفًا. قلت: وهذا على غير الصَّحيح؛ لأنَّ الهبةَ الفاسدةَ تُملكُ بالقبض، وقد سلَّطَه المالكُ عليها، فلا ضمانَ فيها، وكذلك لا ضمانَ في الوديعة؛ لما في «البزَّازيَّة»: دفعَ إليه ألفًا نصفُها هبةٌ ونصفُها مضاربةٌ، فهلكتْ؛ يَضمنُ حصَّةَ الهبة لا حصَّةَ المضاربة؛ لأنَّها أمانةٌ[(١)]. وقولُه: "يضمنُ حصَّةَ الهبة لا حصَّةَ المضاربة" إنَّما هو على رواية عدم الملك، وهو خلافُ المفتى به، أمَّا على المفتى به؛ فلا ضمانَ مطلقًا لا في الوديعة ولا في الهبة الفاسدة[(٢)]؛ لأنَّه مَلكَها بالقبض، فلذا قال الشَّارحُ: (وبه يضعفُ قولُ الوهبانيَّة). اهـ ح بتصرُّفٍ وإصلاحٍ من «شرح العلَّامة عبد البرِّ»[(٣)]. ويضمنُ درهمينِ ونصفًا من الأمانة التي استهلكها. ط[(٤)].

أقول: قولُه: "وكذلك لا ضمانَ في الوديعة... إلخ" فيه: أنَّ فرضَ مسألة «الوهبانيَّة» في الاستهلاك، وما استشهدَ به في الهلاك، فينبغي أن يضمنَ درهمينِ ونصفًا بناءً على المفتى به؛ لأنَّ الخمسةَ التي استهلَكَها نصفُها من الهبة، فلا يضمنُ، ونصفُها من الأمانة، فيضمنُ، وأمَّا الخمسةُ التي ضاعتْ؛ فلا يضمنُ شيئًا منها. تأمَّلْ.

فروعٌ: سُئِلَ فيما إذا مات المضاربُ وعليه دَينٌ، وكان مالُ المضاربة معروفًا: فهل

---

(١) «الفتاوى البزازية»: كتاب الهبة: ٢/ ٣٦٠.

(٢) «تيسير المقاصد»: ص٤٨١- ٤٨٢، وأول الكلام إلى (قلت) منقول عن قاضي خان.

(٣) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٥١- ٥٢.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٤- ٣٧٥.

يكون ربُّ المال أحقَّ برأس ماله وحصَّته من الرِّبح؟ الجوابُ: نعم كما صرَّحَ به في «الخانيَّة» و«الذَّخيرة البرهانيَّة». «حامدية»(١).

وفيها عن قارئ «الهداية» من باب القضاء في «فتاويه»: إذا ادَّعى أحدُ الشَّريكين خيانةً في قدرٍ معلومٍ وأنكرَ؛ حلفَ عليه، فإن حلفَ برئَ، وإن نكلَ ثبتَ ما ادَّعاهُ، وإن لم يُعيِّنْ مقداراً؛ فكذا الحكمُ، لكن إذا نكلَ عن اليمين؛ لزمَه أن يُعيِّنَ مقدارَ ما خانَ فيه، والقولُ قولُه في مقداره مع يمينه؛ لأنَّ نكولَه كالإقرار بشيءٍ مجهولٍ، والبيانُ في مقداره إلى المقرِّ مع يمينه، إلا أن يُقيمَ خصمُه بيِّنةً على أكثرَ. اهـ(٢).

كلُّ ما جاز للمضارب في المضاربة الصَّحيحة من شراءٍ أو بيعٍ أو إجارةٍ أو بِضاعةٍ أو غير ذلك؛ فهو جائزٌ له في المضاربة الفاسدة، ولا ضمانَ على المضارب، وكذلك لو قال: "اعملْ برأيكَ"؛ جاز له ما يجوزُ له في المضاربة الصَّحيحة. كذا في «الفصول العماديَّة»(٣).

رجلانِ دَفَعا إلى رجلٍ ألفَ درهمٍ مضاربةً بالنِّصف ونهياهُ عن الشِّركة، فانشقَّ الكيسُ الذي فيه الدَّراهمُ واختلطَ بدراهمِ المضارب من غير فعله؛ فله أن يَشتريَ بذلك ولا ضمانَ عليه، والشِّركةُ بينهما ثابتةٌ، وليس له أن يَخصَّ نفسَه ببيعِ شيءٍ من ذلك المتاع ولا يشتري بثمنه شيئاً لنفسه دون صاحبه، ولكن لو كان قبل أن يَشتريَ بالمال شيئاً اشترى للمضاربة متاعاً بألفِ درهمٍ وأشهدَ، ثمَّ نقدها من المال، ثمَّ اشترى لنفسه متاعاً بألفِ درهمٍ ونَقدَها من المال؛ فهذا جائزٌ. كذا في «المحيط». «هنديَّة»(٤).

---

(١) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٦٥.

(٢) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٦٨.

(٣) «فصول الأحكام»: الفصل التاسع والعشرون: ص٢٦٦ (ت: العمري)، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٢٩٦.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٢٩٤.

لو كان ربُّ المال ملكَ العبدَ بغير شيءٍ، فباعَه من المضارب بألفِ المضاربة؛ لم يَبِعْه مرابحةً حتَّى يُبيِّنَ أنَّه اشتراه من ربِّ المال. «هنديَّة» عن «المبسوط»(١).

إذا دفعَ رجلٌ إلى رجلٍ ألفَ درهمٍ مضاربةً بالنِّصف، ثمَّ دفعَ إلى آخرَ ألفَ درهمٍ بالنِّصف، فاشترى أحدُ المضاربَيْن عبداً بخمسمائةٍ من المضاربة، فباعَه من المضارب الآخر بألفٍ، فأراد الثَّاني أن يَبيعَه مرابحةً؛ يَبيعُه على أقلِّ الثَّمنين، ولو باعَه الأوَّلُ من الثَّاني بألفينِ: ألفٍ من المضاربة وألفٍ من مال نفسه؛ فإنَّ الثَّاني يَبيعُه مرابحةً على ألفٍ ومائتين وخمسينَ؛ لأنَّ الثَّاني اشترى نصفَه لنفسه، وقد كان الأوَّلُ اشترى ذلك النِّصفَ الثَّانيَ بمائتين وخمسينَ. كذا في «البدائع»(٢).

ولو قال ربُّ المال: "استقرِضْ عليَّ ألفاً وابتَعْ بها على المضاربة"، ففعلَ؛ كان ذلك على نفسه، حتَّى لو هلك في يده قبل أن يدفَعَه لربِّ المال لزمَه ضمانُه؛ لأنَّ الأمرَ بالاستقراض باطلٌ. «هنديَّة» عن «الحاوي»(٣).

وفيها: كلُّ مضاربةٍ فاسدةٍ لا نفقةَ للمضارب فيها على مال المضاربة، فإن أنفقَ على نفسه من المال حُسِبَ من أجر مثل عمله، وأخذَ بما زاد إن كان ما أنفقَ منه أكثرُ من أجر المثل. كذا في «المبسوط»(٤).

لو قال المضاربُ لربِّ المال: "دفعتُ إليك رأسَ المال والذي في يدي رِبحٌ"، ثمَّ قال:

---

(١) «المبسوط» للسرخسي: ٢٢/ ١٥٣، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٠٣.

(٢) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١٠٥.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٠٧.

(٤) «المبسوط» للسرخسي: ٢٢/ ٦٧، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣١٤.

....

"لم أدفعْ ولكنَّه هلكَ"؛ فهو ضامنٌ. كذا في «الحاوي». الأصلُ: أنَّ قسمةَ الرِّبح قبل قبض ربِّ المال رأسَ ماله موقوفةٌ: إن قبضَ رأسَ المال صحَّت القسمةُ، وإن لم يَقبِضْ بطلتْ. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»[(١)].

ولو دفعَ حربيٌّ إلى مسلمٍ مالَ مضاربةٍ، ثمَّ دخلَ المسلمُ دارَ الحرب بإذن ربِّ المال؛ فهو على المضاربة. كذا في «خزانة المفتين»[(٢)].

إذا دفعَ المسلمُ إلى النَّصرانيِّ مالاً مضاربةً بالنِّصف؛ فهو جائزٌ، إلا أنَّه مكروهٌ، فإن اتَّجرَ في الخمر والخنزير فربِحَ؛ جازَ على المضاربة في قول أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وينبغي للمسلم أن يتصدَّقَ بحصَّتِه من الرِّبح. وعندهما: تصرُّفُه في الخمر والخنزير لا يجوزُ على المضاربة. فإن اشترى ميتةً، فنقدَ فيه مالَ المضاربة؛ فهو مخالفٌ ضامنٌ عندهم جميعاً. وإن أربى، فاشترى درهمينِ بدرهمٍ؛ كان البيعُ فاسداً، ولكن لا يصيرُ ضامناً لمال المضاربة، والرِّبحُ بينهما على الشَّرط. ولا بأسَ بأن يأخذَ المسلمُ مالَ النَّصرانيِّ مضاربةً، ولا يُكرهُ له ذلك، فإن اشترى به خمراً أو خنزيراً أو ميتةً ونقدَ مالَ المضاربة؛ فهو مخالفٌ ضامنٌ، فإن رَبحَ في ذلك؛ رَدَّ الرِّبحَ على من أخذَ منه إن كان يعرفُه، وإن كان لا يعرِفُه تصدَّقَ به، ولا يُعطي ربَّ المال النَّصرانيَّ منه شيئاً. ولو دفعَ المسلمُ مالَه مضاربةً إلى مسلمٍ ونصرانيٍّ؛ جاز من غير كراهةٍ. كذا في «المبسوط» من باب شراء المضارب وهبته[(٣)]. واللهُ تعالى أعلم، وأستغفرُ اللهَ العظيمَ.

---

(١) «المحيط الرضوي»: ٦/ ٢١٥، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٢١.

(٢) «خزانة المفتين»: ج٢/ ق٢٢٩/ ب محمد عاصم، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٣٤.

(٣) «المبسوط» للسرخسي: ٢٢/ ٦١، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٣٣.

كِتَابُ الإِيدَاعِ

(كِتَابُ الإِيدَاعِ)

لا خفاءَ في اشتراكه مع ما قبلَه في الحكم، ....

(كِتَابُ الإِيدَاعِ)

كان القياسُ أن يقول: (كتابُ الوديع) بدون التاء؛ لأَنَّه فعيلٌ بمعنى مفعولٍ، وفيه يستوي المذكَّرُ والمؤنَّثُ، تقول: رجلٌ جريحٌ وامرأةٌ جريحٌ، وإنَّما عدلَ عن القياس؛ لأَنَّه جُعِلَ من عدد الأسماء تدخلُ عليه التاءُ، كالذَّبيحة والنَّطيحة، فتكون للنَّقل لا للتَّأنيث. نوح أفندي. وأصلُه: أَوْدَاع، وقعت الواو إثْرَ كسرةٍ، قلبت ياءً، فصارَ: إيداع. اهـ سري الدِّين. واعلم أنَّ الفقهاءَ يبحثونَ عن أفعال المكلَّف، لكنَّ الفقهاءَ يُعَنْونونَ بعضَ الكتب بها، كقولهم: كتاب النِّكاحُ كتاب البيعُ والهبة، وفي بعضها بما يتعلَّقُ بتلك الأفعال، ككتاب العارية والمأذون، والوجهُ فيه غيرُ ظاهرٍ. «در منتقى»[1].

وحفظُ الأمانة يوجبُ سعادةَ الدَّارين، والخيانةُ توجبُ الشَّقاءَ فيهما، قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الأَمَانَةُ تَجُرُّ الغِنَى، وَالخِيَانَةُ تَجُرُّ الفَقْرَ»[2]. وروي أنَّ زَليخا لَمَّا ابتُليتْ بالفقر وابيضَّتْ عيناها من الحزنِ على يوسف عَلَيْهِ السَّلَامُ قامتْ له تنادي: أَيُّها الملكُ اسمعْ كلامي، فوقفَ يوسفُ عَلَيْهِ السَّلَامُ، فقالت: الأمانةُ أقامت المملوكَ مقامَ الملوك، والخيانةُ أقامت الملوكَ مقامَ المملوك، فسألَ عنها، فقيل: إنَّها زليخا، فتزوَّجَها مرحمةً عليها. انتهى زيلعي[3].

والإيداعُ والاستيداعُ بمعنىً، وفي «المغرب»: يقال: أودعتُ زيداً مالاً واستودعتُه إيَّاه

(١) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٣٧ (بهامش مجمع الأنهر).

(٢) رواه القضاعي في «الشهاب»: ٦٤ من حديث أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وحسَّنه المناوي في «فيض القدير»: ٣/ ١٨٣.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٦.

وهو الأمانةُ.

(هُوَ) لغةً: من الوَدْع، أي: التَّرْك ....

إذا دفعتَه إليه ليكون عنده، فأنا مودِعٌ ومستودِعٌ بالكسر، وزيدٌ مُودَعٌ ومستودَعٌ بالفتح، والمالُ مودَعٌ ومستودَعٌ أي: وديعةٌ[١]. اهـ ط بزيادةٍ[٢].

(قوله: وَهُوَ الأَمَانَةُ) قال الزَّيلعيُّ: وحكمُ الوديعة: الحفظُ على المستودَع، ووجوبُ الأداء عند الطَّلب، وصيرورةُ المال أمانةً في يده[٣]. وفي «العناية»: وجهُ مناسبة هذا الكتاب لِمَا تقدَّم قد مرَّ في أوَّل الإقرار، وهو أنَّ المالَ الثَّابتَ له إن حَفِظَه بنفسه فظاهرٌ، وإن بغيره؛ فوديعةٌ، ثمَّ ذكرَ بعده العاريةَ والهبةَ والإجارةَ للتَّناسب بالتَّرقِّي من الأدنى إلى الأعلى؛ لأنَّ الوديعةَ أمانةٌ بلا تمليكِ شيءٍ، والعاريةُ أمانةٌ مع تمليكِ المنفعة بلا عِوَضٍ، والهبةُ تمليكُ عينٍ بلا عِوضٍ، والإجارةُ تمليكُ المنفعة بعوضٍ، وهي أعلى من الهبة؛ لأنَّه عقدٌ لازمٌ، واللَّازمُ أقوى وأعلى مما ليس بلازمٍ. اهـ[٤]. أي: فكان في الكلِّ التَّرقِّي من الأدنى إلى الأعلى:

فَــأَوَّلُ الـغَـيْـثِ قَـطْـرٌ ثُـمَّ يَـنْـسَـكِـبُ ....

(قوله: مِنَ الوَدْعِ) فالمزيدُ مشتقٌّ من المجرَّد، قال في «الدُّر المنتقى»: من وَدَعَ وَدْعـاً أي: ترك، وكلاهما مستعملٌ في القرآن والحديث. ذكره ابنُ الأثير[٥]. فلا ينبغي أن يُحكمَ

(١) «المغرب»: ص٤٨٠.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٥.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٦.

(٤) «العناية»: ٨/ ٤٨٤.

(٥) «النهاية»: ٥/ ١٦٦.

وشرعـاً: (تَسْلِيطُ الغَيْرِ عَلَى حِفْظِ مَالِهِ صَرِيحاً أَوْ دِلالَةً) كأن انفتقَ زِقُّ رجلٍ، ....

بشذوذهما. انتهى[1]. وفي الزَّيلعيِّ: من الوَدْع، وهو مطلقُ التَّرك[2]. وما ذكره النُّحاةُ من أنَّ العربَ أماتوا مصدرَ: يَدَع ردَّه قاضي زاده: بأنَّه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أفصحَ العرب وقد قال: «لَيَنْتَهِيَنَّ أَقْوَامٌ عَنْ وَدْعِهِمُ الجَمَاعَاتِ أَوْ لَيُخْتَمَنَّ عَلَى قُلُوبِهِمْ أَوْ لَيُكْتَبُنَّ مِنَ الغَافِلِينَ»[3]، أي: عن تركهم إيَّاها[4]، والمرادُ من الختم في الحديث: أن يُحدثَ في نفوسهم هيئةً تمرِّنُهم على عدم نفوذ الحقِّ فيها. كذا بخطِّ شيخنا. وقولُه: "ليُختَمَنَّ" بضم الياء التحتية وفتح التاء المثناة من فوق وبفتح الميم أيضاً، وقولُه: "ليُكتَبُنَّ" بضم الياء التحتية وفتح التاء المثناة من فوق وبضمِّ الباء الموحدة من تحت. كذا السَّماعُ من شيخنا. أبو السُّعود[5]. وقال تعالى: ﴿مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَىٰ﴾[الضحى: ٣]، قُرِئَ بالتَّخفيف والتَّشديد[6].

(قولـه: وَشَـرْعـاً... إلـخ) الأنسـبُ بالمعنـى اللُّغـوي أن يقـول: هـو تركُ مالـه عند غيره لحفظِه.

(قوله: كَأَنِ انْفَتَقَ) عبَّر به؛ لأنَّه لو فَتقَه مالكُه وتركه؛ فلا ضمانَ على أحد، ولو فتقَه غيرُه؛ فالضَّمانُ على الفاتق. كذا ظهرَ لي. ويحرَّرُ. ط[7].

---

(١) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٣٧ (بهامش مجمع الأنهر).

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٦.

(٣) رواه مسلم: ٨٦٥ من حديث ابن عمر وأبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

(٤) «نتائج الأفكار»: ٨/ ٤٨٤ (تكملة فتح القدير).

(٥) «فتح المعين»: ٣/ ٢٠٣.

(٦) قراءةُ التشديد هي قراءة العشرة المتواترة، وقراءةُ التخفيف هي قراءةُ عروة بن الزبير وابنه هشام وأبي حيوة وأبي بحرية وابن أبي عبلة من الشواذِّ. انظر: «البحر المحيط» لأبي حيان: ١٠/ ٤٩٦.

(٧) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٥.

فأخذَه رجلٌ بغيبة مالكه، ثمَّ تركَه؛ ضَمِنَ؛ لأنَّه بهذا الأخذ التزَمَ حفظَه دلالةً. «بحر»[1].

(قوله: فَأَخَذَهُ رَجُلٌ) أما إذا لم يأخُذْه ولم يَدْنُ منه؛ لا يضمنُ. «منح» عن «المحيط»[2]. وهذا يُفيدُ أنَّه إذا دنا منه لَزِمَه وإن لم يأخُذْه، والعلَّةُ تُنافيه.

(قوله: بِغَيْبَةِ مَالِكِهِ) أمَّا إذا كان المالكُ حاضراً؛ لم يضمنْ في الوجهين. «منح»[3]. أي: في الأخذ وعدمِه.

(قوله: ثُمَّ تَرَكَهُ ضَمِنَ) ما ذكره من التَّعريف ليس خاصّاً بالوديعة، بل يشملُ اللُّقطةَ؛ لأنَّه إذا رَفعَها لزِمَه حِفظُها، ومع هذا لا تسمَّى وديعةً. ثمَّ في تعريفه على ما ذكره المصنِّفُ نظرٌ؛ لأنَّ المذكورَ في المصنَّف التَّسليطُ، وهو فعلُ المالك، وهذا التزامٌ، وهو فعلُ الأمين، ولم يكن بتسليطٍ من المالك لا صريحاً ولا دلالةً، وإنَّما التَّسليطُ دلالةً فيما سيأتي، وهو ما لو وضعَ ثوباً بين يديْ رجلٍ ولم يقل شيئاً. فتأمَّلْ. ويقربُ من هذا: ما ذكره في «الأشباه» في فنِّ الحكايات عن أبي حنيفةَ قال: كنت مُجتازاً، فأشارتْ إليَّ امرأةٌ إلى شيءٍ مطروحٍ في الطَّريق، فتوهَّمتُ أنَّها خرساءُ وأنَّ الشَّيءَ لها، فلمَّا رفعتُه إليها قالت: احفَظْه حتَّى تُسلِّمَه لصاحبه، فإنَّه لقطةٌ. انتهى[4]. إلا أن يقال: المرادُ: تسليطُ الشَّرع، فإنَّه بالأخذ التزَمَ حفظَه شرعاً. تأمَّلْ.

(قوله: لِأَنَّهُ بِهَذَا الأَخْذِ الْتَزَمَ حِفْظَهُ دِلَالَةً) علَّةٌ لقوله: (ضمنَ)، ووجهُ كونه من التَّسليط على الحفظ دلالةً: أنَّ المالكَ يجب حفظُ ماله، ويجب المعاونةُ على حفظه، فكأنه أمرَه

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٣.

(٢) «المحيط البرهاني»: كتاب الغصب: ٥/ ٤٦٦، «منح الغفار»: ق٥١٦/ ب فيض الله.

(٣) «منح الغفار»: ق٥١٦/ ب فيض الله.

(٤) «الأشباه والنظائر»: ص٣٦٥.

(وَالوَدِيعَةُ: مَا تُتْرَكُ عِنْدَ الأَمِينِ) وهي أخصُّ من الأمانة ....

بالحفظ. والمؤلِّفُ جعلَ الدِّلالةَ من قِبَل المودَع بالفتح، وهو خلافُ الموضوع، فلو قال: لأنَّه بهذا سلَّطَه على حفظه دلالةً؛ لكان أليقَ. ط[1].

(قوله: وَالوَدِيعَةُ مَا تُتْرَكُ عِنْدَ الأَمِينِ) أي: للحفظ، زاد البرجنديُّ: فقط؛ ليخرجَ العاريةُ؛ لأنَّها تُتركُ للحفظ والانتفاع، وإنَّما لم يُقيِّدْ به تبعاً لصاحب «الكنز»[2]؛ لاعتباره في تعريف الإيداع السَّابق.

(قوله: وَهِيَ أَخَصُّ مِنَ الأَمَانَةِ) لأنَّ الأمانةَ: اسمٌ لِمَا هو غيرُ مضمونٍ، فيَشملُ جميعَ الصُّور التي لا ضمانَ فيها، كالعارية والمستأجَرِ والموصى بخدمته في يد الموصى له بها، والوديعةُ: ما وُدِعَ للحفظ بالإيجاب والقبول، فكانا متغايرَيْن أي: بالعموم والخصوص. والحكمُ في الوديعة: أنَّه يَبرأُ عن الضَّمان إذا عادَ إلى الوِفاق، ولا يبرأُ عن الضَّمان إذا عادَ إلى الوِفاق في الأمانة، والفرقُ بين الوديعة والأمانة العمومُ والخصوصُ، فإنَّ كلَّ وديعةٍ أمانةٌ، والعكسُ ليس كذلكَ، وحملُ الأعمِّ على الأخصِّ يجوزُ كما فعله صاحبُ «الدُّرَر»[3]، دون عكسه كما فعلَه القُدُوريِّ[4]؛ لأنَّ الأمانةَ تشملُ ما إذا كان من غير قصدٍ، كما إذا هبَّت الرِّيحُ في ثوبِ إنسانٍ، فألقَتْه في حِجرِ غيره. وما يقال من أنَّ الوديعةَ قد تكون من غير صُنْع المودَع على ما صرَّحَ به صاحبُ «الهداية» في آخر باب الاستثناء من كتاب الإقرار[5]؛ فدفعُه بحملِ الوديعة ثمَّةَ على معناها اللُّغويِّ لا الاصطلاحيِّ، ومثلُ هذا كثيرٌ لا يخفى على من تدرَّبَ.

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٥.

(٢) «كنز الدقائق»: ص٥٣١.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٤.

(٤) «مختصر القدوري»: ص١٣١.

(٥) «الهداية»: ٣/ ١٨٥.

كما حققَه المصنِّفُ وغيرُه.

(وَرُكْنُهَا: الإِيجَابُ صَرِيحاً) كـ"أودَعْتُك"، (أَوْ كِنَايَةً) كقوله لرجلٍ: "أعطِني ألفَ درهمٍ"، أو "أعطِني هذا الثَّوبَ" مثلاً، فقال: "أعطيتُكَ"؛ كان وديعةً. «بحر»[1] ....

(قوله: كَمَا حَقَّقَهُ المُصَنِّفُ وَغَيْرُهُ) قال المصنِّفُ في «منحه»: والفرقُ بينهما من وجهين: أحدهما: إنَّ الوديعةَ خاصَّةٌ بما ذكرنا، والأمانةَ عامَّةٌ تشملُ ما لو وقعَ في يده شيءٌ من غير قصدٍ، بأن هبَّت الرِّيحُ بثوبِ إنسانٍ وألقَتْه في حِجر غيره، وحكمُها مختلفٌ في بعض الصُّور؛ لأنَّ في الوديعة يَبرأُ من الضَّمان بعد الخلاف إذا عادَ إلى الوفاق، وفي الأمانةِ لا يبرأُ عن الضَّمان بعد الخلاف. الثَّاني: إنَّ الأمانةَ عَلَمٌ لِمَا هو غيرُ مضمونٍ، فتشملُ جميعَ الصُّور التي لا ضمانَ فيها كالعارية والمستأجر والموصى بخدمته في يد الموصى له بها، والوديعةُ مما وضعَ للأمانة بالإيجاب والقبول، فكانا متغايرَيْن، واختاره صاحبُ «الهداية» و«النِّهاية»[2]، ونقلَ الأوَّلُ عن الإمام بدر الدِّين الكردريِّ. اهـ[3]. وقد أوسعَ الكلامَ في هذا المقام العلَّامتان صدرُ الشَّريعة وقاضي زاده[4].

(قوله: وَرُكْنُهَا الإِيجَابُ صَرِيحاً) أي: قولاً أو فعلاً.

(قوله: أَوْ كِنَايَةً) المرادُ بها: ما قابَلَ الصريحَ، مثل كنايات الطَّلاق، لا البيانيَّةُ كما نذكرُه قريباً.

(قوله: كَقَوْلِهِ لِرَجُلٍ: "أَعْطِنِي"... إلخ) لو قال: كقوله لرجلٍ: "أعطيتُكَ" بعد قوله:

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٣ عن «المحيط».

(٢) «النهاية»: ٩/ ٣٩- ٤٠ ط العلمية.

(٣) «منح الغفار»: ق٥١٧/ آ فيض الله.

(٤) «نتائج الأفكار»: ٨/ ٤٨٥- ٤٨٧ (تكملة فتح القدير).

لأنَّ الإعطاءَ يَحتملُ الهبةَ، لكنَّ الوديعةَ أدنى، وهو مُتيقَّنٌ، فصارَ كنايةً. (أَوْ فِعْلاً) كما لو وضعَ ثوبَه بين يديْ رجلٍ ولم يقلْ شيئاً، ....

"أعطني"؛ كان أوضحَ؛ لأنَّ الإيجابَ هو قولُه: "أعطيتُكَ"، على أنَّ قولَه: "أعطني" ليس بلازمٍ في التَّصوير. ط[1].

(قوله: لِأَنَّ الإِعْطَاءَ يَحْتَمِلُ الهِبَةَ) أي: ويَحتملُ الوديعةَ. وفيه: أنَّ احتمالَ الوديعة في مثل هذه العبارة بعيدٌ جدّاً لغةً وعرفاً، فلماذا عَدَلوا عن المتبادر إلى غيره؟!

(قوله: لَكِنَّ الوَدِيعَةَ أَدْنَى) هذا التَّعليلُ ذكره في «البحر» أيضاً[2]، ويُشيرُ إلى أنَّ المرادَ بالكناية: الكنايةُ البيانيَّةُ، وهي إطلاقُ الملزوم وإرادةُ اللَّازم، كقوله: فلانٌ طَويلُ النَّجاد كثيرُ الرَّماد على ما عُرِفَ في فنِّ البيان، وليس كذلكَ؛ لعدم انتقاله من اللَّازم إلى الملزوم ولا عكسه، فعَلِمْنا أنَّ المرادَ بالكناية: ما احتمَلَها وغيرَها كما ذكرنا، فلو قال: (صريحاً أو احتمالاً)؛ لكان أظهرَ. تأمَّلْ.

(قوله: وَلَمْ يَقُلْ شَيْئاً) فلو ذهبَ وتركَه؛ ضمنَ إذا ضاعَ، فهذا من الإيجاب دلالةً كما أنَّه من القبول كذلك. أمَّا لو قال: "لا أقبلُ الوديعةَ"؛ لا يَضمنُ؛ إذ القبولُ عرفاً لا يثبتُ عند الردِّ صريحاً. قال صاحبُ «جامع الفصولين»: أقول: دلَّ هذا أنَّ البقَّارَ لا يصيرُ مُودَعاً في بقرةٍ من بعثَها إليه، فقال البقَّارُ للرَّسول: "اذهبْ بها إلى ربِّها فإنِّي لا أقبلُها"، فذهبَ بها، فينبغي أن لا يضمنَ البقَّارُ، وقد مرَّ خلافُه[3]. يقول الحقيرُ: قولُه: "ينبغي" لا ينبغي؛ إذ الرَّسولُ لَمَّا أتى بها إليه خرجَ عن حكم الرِّسالة وصارَ أجنبيّاً، فلما قال البقَّارُ: "رُدَّها على مالكها"؛ صارَ كأنَّه ردَّها إلى أجنبيٍّ أو ردَّها مع أجنبيٍّ، فلذا يَضمنُ، بخلاف مسألة

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٦.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٣.

(٣) «جامع الفصولين»: ٢/ ١٠٥.

....

الثَّوبِ. «نور العين»[١]. وتمامُه فيه. وفيه أيضاً عن «الذَّخيرة»: ولو قال: "لم أقبلْ" حتَّى لم يَصِرْ مودَعاً وتركَ الثَّوبَ ربُّه فذهبَ، فرفعَه مَن لم يقبلْ وأدخلَه بيتَه؛ ينبغي أن يَضمنَ؛ لأنَّه لَمَّا لم يثبتِ الإيداعُ صارَ غاصباً برفعه. يقول الحقيرُ: فيه إشكالٌ، وهو أنَّ الغصبَ إزالةُ يد المالك، ولم توجدْ، ورفعُه الثَّوبَ لقصد النَّفع لا للضَّرَر، بل تركُ المالك ثوبَه إيداعٌ ثانٍ، ورفعُ من لم يقبلْ قبولٌ ضمناً، فالظَّاهرُ أنَّه لا يَضمنُ. واللهُ تعالى أعلمُ. اهـ[٢]. وفي «البحر» عن «الخلاصة»: لو وضعَ كتابَه عند قومٍ، فذهبوا وتركوه؛ ضَمِنوا إذا ضاعَ، وإن قاموا واحداً بعد واحدٍ؛ ضمن الأخيرُ؛ لأنَّه تعيَّنَ للحفظ، فتعيَّنَ للضَّمان. اهـ[٣]. فكلٌّ من الإيجاب والقبول فيه غيرُ صريحٍ كمسألة الخاني الآتية قريباً، بل بطريق الدِّلالة.

أقول: لكن في النَّفس شيءٌ من بحث «نور العين» في مسألة البقَّار، وهو أنَّ البقَّارَ لَمَّا لم يقبلِ البقرةَ لم يَصِرْ مُودَعاً قطعاً، والرَّسولُ لَمَّا أدَّى الرِّسالةَ انتهتْ يدُه المأذونُ بها من المالك، وصار كلٌّ منهما أجنبيّاً في حقِّ حفظ البقرة، والبقرةُ في حكم اللُّقَطة حينئذٍ، فإذا أمرَ أجنبيّاً برفع اللُّقَطة وحفظِها لربِّها لا يضمنُ الآمرُ قطعاً، فكذا لا يَضمنُ هنا. وأمَّا تضمينُ الرَّسول؛ فلا وجهَ له أيضاً؛ لأنَّه من قبيل من ردِّ الضَّالَّة لربِّها، وهو مأذونٌ به عادةً. هذا ما ظهرَ لي، فليُراجعْ.

فرعٌ: في «جامع الفصولين»: لو أدخلَ دابَّتَه دارَ غيره وأخرجَها ربُّ الدَّار؛ لم يَضمنْ؛ لأنَّها تضرُّ بالدَّار، ولو وجدَ دابَّةً في مربطِه فأخرجَها؛ ضَمِنَ[٤].

---

(١) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١١١.

(٢) «نور العين»: ٣/ ١١٢.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٣.

(٤) «جامع الفصولين»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ٨٧ عن «فتاوى قاضي ظهير».

فهو إيداعٌ. (وَالقَبُولُ مِنَ المُودَعِ صَرِيحًا) كـ"قَبلتُ"، (أَوْ دِلَالَةً) كما لو سكتَ عند وضعِه، فإنَّه قبولٌ دلالةً، كوضعِ ثيابه في حمَّامٍ ....

(قوله: فَهُوَ إِيدَاعٌ) أي: الوضعُ المرقومُ إيداعٌ. وفي «الفصولين»: في الغصب والوديعة إذا وضعَ بين يدي المالك برئَ، لا في الدَّين حتَّى يَضعَه في يده أو حِجره. اهـ[1]. فصار ابتداءُ الإيداع وانتهاؤه سواءً.

(قوله: أَوْ دِلَالَةً كَمَا لَوْ سَكَتَ) أي: فإنَّه قبولٌ. وبعد أن ذكر هذا في «الهنديَّة» قال: وضعَ شيئًا في بيته بغير أمره، فلم يعلمْ حتَّى ضاعَ؛ لا يضمنُ لعدم التزام الحفظ. وضعَ عند آخرَ شيئًا وقال: "احفَظْه"، فضاعَ؛ لا يضمنُ لعدم التزام الحفظ. اهـ[2]. ويمكن التَّوفيقُ بالقرينة الدَّالَّة على الرِّضى وعدمه. سائحاني.

(قوله: دِلَالَةً) أي: حاليَّةً، ولو قال: لا أقبلُ لا يكون مودَعًا؛ لأنَّ الدِّلالةَ لم توجدْ. ذكره المصنِّفُ. والأَوْلى ما في «شرح الملتقى[3]» حيث قال: لأنَّ الدِّلالة لا تُعارضُ الصَّريحَ. اهـ[4]. ومثلُه في كثيرٍ من الكتب. فظهرَ من هذا سقوطُ ما في «القنية» من أوَّل كتاب الوديعة: وضعَ عنده شيئًا وقال له: "احفَظْه حتى أرجعَ"، فصاحَ: "لا أحفَظُه"، وتركَه صاحبُه؛ صارَ مُودَعًا، ويضمنُ إن تركَ حفظَه، فهو مشكلٌ؛ لأنَّ فيه تقديمَ الدِّلالة على الصَّريح، بخلافِ ما إذا قال: "ضَعْه في الجانب من بيتي إلا أنِّي لا ألتزمُ حِفظَه" حتَّى يصيرُ مودعًا؛ لتعارض الصَّريحين، فتَساقطا، فبقيَ وديعةً عنده.

---

(١) «جامع الفصولين»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ٩٥ عن نصير.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٣٨ عن «الوجيز» للكردري.

(٣) في بولاق: (المنتقى).

(٤) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٣٧ (بهامش مجمع الأنهر).

بمر أىً من الثِّيابيِّ، وكقوله لربِّ الخان: "أين أربطُها؟"، فقال: "هناكَ"؛.........

(قوله: بِمَرْأىً مِنَ الثِّيَابِيِّ) ولا يكون الحمَّاميُّ مودَعـاً ما دام الثِّيابيُّ حاضراً، فإذا كان غائبـاً؛ فالحمَّاميُّ مُودَعٌ. اهـ «بحر»(١).

وفيه عن «الخلاصة»: لَبِسَ ثوبـاً، فظنَّ الثِّيابيُّ أنَّه ثوبُه، فإذا هو ثوبُ الغير؛ ضَمِنَ، وهو الأصحُّ. اهـ(٢). أي: لأنَّه بترك السُّؤال والتَّفحُّص يكون مُفرِّطـاً، فلا ينافي ما يأتي من أنَّ اشتراطَ الضَّمان على الأمين باطلٌ. أفاده أبو السعود(٣).

والثِّيابيُّ بكسر الثاء المثلَّثة: هو حافظُ الثِّياب في الحمَّام، وهو المعروفُ في بلادنا بالنَّاطور، قال في «القاموس»: محمودُ بن عمر المحدِّثُ الثِّيابيُّ، كان يحفظ الثِّيابَ في الحمَّام. اهـ(٤).

وفي «الذَّخيرة»: رجلٌ دخلَ الحمَّامَ وقال لصاحب الحمَّام: "احفظِ الثِّيابَ"، فلمَّا خرجَ لم يجدْ ثيابَه، فإن أقرَّ صاحبُ الحمَّام أنَّ غيرَه رَفعَها وهو يراهُ، ويظنُّ أنَّه رفعَ ثيابَ نفسه؛ فهو ضامنٌ؛ لأنَّه ترك الحفظَ حيث لم يمنعِ القاصدَ وهو يراهُ، وإن أقرَّ أنِّي "رأيتُ واحداً قد رفعَ ثيابَكَ، إلا أنِّي ظننتُ أنَّ الرَّافعَ أنتَ"؛ فلا ضمانَ عليه؛ لأنَّه لم يَصِرْ تاركـاً للحفظ لما ظنَّ أنَّ الرَّافعَ هو. وإن سُرقَ وهو لا يعلمُ به؛ فلا ضمانَ عليه إن لم يذهبْ عن ذلك الموضع ولم يُضيِّعْ، وهو قولُ الكلِّ؛ لأنَّ صاحبَ الحمَّام مودَعٌ في حقِّ الثِّياب إذا لم يَشترطْ له بإزاء حفظِه الثِّياب أجراً، أمَّا إذا شرطَ له بإزاء حفظِ الثِّياب أجراً وقال:

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٣.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٣.

(٣) «فتح المعين»: ٣/ ٢٠٣.

(٤) «القاموس المحيط»: ص٦٤.

الأجرةُ بإزاء الانتفاع بالحمَّام والحفظ؛ فحينئذٍ يكون على الاختلاف. وإن دفعَ الثِّيابَ إلى الثِّيابيِّ، وهو الذي يقال بالفارسية: جامه دار؛ فعلى الاختلاف: لا ضمانَ عليه فيما سرقَ عند أبي حنيفةَ، خلافاً لهما؛ لأنَّه أجيرٌ مشتركٌ. رجلٌ دخلَ الحمَّامَ ونزعَ الثِّيابَ بين يدي صاحب الحمَّام ولم يقل بلسانه شيئاً، فدخلَ الحمَّامَ، ثمَّ خرجَ ولم يجدْ ثيابَه: إن لم يكن للحمَّام ثيابيٌّ يضمنُ صاحبُ الحمَّام ما يضمنُ المودَعُ، وإن كان للحمَّام ثيابيٌّ إلا أنَّه لم يكن حاضراً فكذلكَ، وإن كان حاضراً لا يضمنُ صاحبُ الحمَّام؛ لأنَّ هذا استحفاظٌ، إلا إذا نصَّ على استحفاظ صاحب الحمَّام، بأن قال له: "أين أضعُ الثِّيابَ؟"، فيَصيرُ صاحبُ الحمَّام مودَعاً، فيضمنُ ما يضمنُ المودَعُ. وفي «التجنيس»: رجلٌ دخلَ الحمامَ ونزع الثِّيابَ بمحضرٍ من صاحب الحمَّام، ثمَّ خرجَ فوجدَ صاحبَ الحمَّام نائماً وسُرقتْ ثيابُه: إن نامَ قاعداً أو مضطجعاً بأن وضعَ جنبَه على الأرض، ففي الوجه الأوَّل لا يضمنُ، وفي الوجه الثَّاني قال بعضُهم: يَضمنُ. اهـ.

وفي «الفصول العماديَّة»: رجلٌ دخل حمَّاماً وقال للحمَّامي: "أين أضعُ ثيابي؟"، فأشارَ الحمَّاميُّ إلى موضعٍ، فوضعَه ثمَّةَ ودخلَ الحمَّامَ، ثمَّ خرجَ رجلٌ ورفعَ الثِّيابَ، فلم يمنَعْه الحماميُّ لِمَا أنَّه ظنَّه صاحبَ الثَّوب؛ ضمنَ الحمَّاميُّ؛ لأنَّه استحفظَه، وقد قصَّرَ في الحفظ، وهذا قولُ ابن سلمة وأبي نُصَير[١] الدَّبوسيِّ. وكان أبو القاسم يقول: لا ضمانَ على الحمَّاميِّ. والأوَّلُ أصحُّ. اهـ[٢].

---

(١) في «العمادية»: (نصر).

(٢) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٧٠/آ فيض الله.

....

أقول: وهو الموافقُ لِمَا مرَّ قريباً عن «الذَّخيرة». وفي «فتاوى الفُضْليِّ»: امرأةٌ دخلتِ الحمَّامَ ودفعتْ ثيابَها إلى المرأة التي تُمسكُ الثِّيابَ، فلمَّا خرجتْ لم تجدْ عندها ثوباً من ثيابها، قال محمدُ بنُ الفضل: إن كانت المرأةُ دخلتْ أوَّلاً في هذا الحمَّام ودفعتْ ثيابَها إلى التي تمسكُ الثِّيابَ؛ فلا ضمانَ على الثِّيابيَّة في قولهم إذا لم تعلمْ أنَّها تحفظُ الثِّيابَ بأجرٍ؛ لأنَّها إذا دخلتْ أوَّلَ مرَّةٍ ولم تعلمْ بذلك ولم تَشترطْ لها الأجرَ على الحفظ؛ كان ذلك إيداعاً، والمودَعُ لا يضمن عند الكلِّ إلا بالتَّضييع، وإن كانت هذه المرأةُ قبل هذه المرأةِ قد دخلتِ الحمَّامَ وكانت تدفعُ ثيابَها إلى هذه الممسِكَة وتُعطيها الأجرَ على حفظ الثِّياب؛ فلا ضمانَ عليها عند أبي حنيفةَ، خلافاً لهما؛ لأنَّها أجيرةٌ مشتركةٌ. والمختارُ في الأجير المشترك قولُ أبي حنيفة. وقيل: هو قولُ محمد، والفتوى على قول أبي حنيفةَ: أنَّ الثِّيابيَّ لا يَضمنُ إلا بما ضَمِنَ المودَعُ. وذكرَ قاضيخان: أنَّه ينبغي أن يكون الجوابُ في هذه المسألة عندهما على التَّفصيل: إن كان الثِّيابيُّ أجيرَ الحمَّاميِّ يأخذُ منه كلَّ يومٍ أجراً معلوماً بهذا العمل؛ لا يكون ضامناً عند الكلِّ بمنزلة تلميذ القصَّار والمودَع. اهـ[1].

وفي «منهوات الأنقرويِّ»: دخلَ الحمَّامَ، فوضعَ الحارسُ له الفُوطةَ ليضعَ ثيابَه عليها، فنزعَ أثوابَه ووضعَها على الفوطة ودخلَ واغتسلَ، وخرجَ ولم يجدْ عِمامتَه: هل يضمَنُها الحارسُ؟ أجاب: نعم يضمَنُها؛ لأنَّه استُحفظَ، وقد قصَّرَ في الحفظ. كذا في «فتاوى ابن نجيم»[2]. وفي زماننا الثِّيابيُّ أجيرٌ مشتركٌ بلا شُبهةٍ، والمختارُ في الأجير المشترك الضَّمانُ بالنِّصف، فعلى هذا ينبغي أن يُفتى في الثِّيابيِّ بضمان النِّصف. تأمَّلْ. اهـ.

---

(١) «الفتاوى الخانية»: كتاب الإجارات: ٣/ ٧١.

(٢) «فتاوى ابن نجيم»: ص١٦٨ (بهامش الفتاوى الغياثية).

كان إيداعاً. «خانيَّة»[1]. هذا في حقِّ وجوب الحفظ، وأمَّا في حقِّ الأمانة؛ فتتمُّ بالإيجاب وحدَه، حتَّى لو قال للغاصب: "أودَعْتُك المغصوبَ"؛ برئَ عن الضَّمان وإن لم يقبلْ. «اختيار»[2]. (**وَشَرْطُهَا: كَوْنُ المَالِ قَابِلاً لِإِثْبَاتِ اليَدِ عَلَيْهِ**) فلو أودعَ الآبقَ أو

(**قوله: كَانَ إِيدَاعـًا**) هذا من الإيجاب والقبول دلالةً.

(**قوله: هَذَا**) أي: اشتراطُ القبول أيضـًا. قال في «المنح»: وما ذكرنا من الإيجاب والقبول شرطٌ في حقِّ وجوب الحفظ، وأمَّا في حقِّ الأمانة؛ فتتمُّ بالإيجاب. اهـ[3]. والمرادُ بحقِّ الأمانة: أنَّه لا يكون مضموناً.

(**قوله: وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ**) قد مرَّ أنَّ القبولَ صريحٌ ودلالةٌ، فنفيُه هنا بمعنى الردِّ، أمَّا لو سكتَ؛ فهو قبولٌ دلالةً. والحاصلُ: أنَّ المرادَ: نفيُ القبول بقسميه. فتأمَّلْ.

(**قوله: وَشَرْطُهَا كَوْنُ المَالِ قَابِلاً... إلخ**) فيه تسامُحٌ؛ إذ المرادُ: إثباتُ اليد بالفعل، وبه عبَّر الزَّيلعيُّ[4]، ولا يكفي قبول الإثبات كما أشار إليه في «الدُّرَر» بقوله: وحفظ شيءٍ بدون إثبات اليد عليه محالٌ. اهـ[5]. وجرى عليه بعضُهم كالحمويِّ والشُّرنبلاليِّ[6]. وأجابَ عنه العلَّامةُ أبو السُّعود: بأنَّه ليس المرادُ من جعل القابليَّة شرطـًا: عدمُ اشتراط إثبات اليد بالفعل، بل المرادُ: الاحترازُ عمَّا لا يقبلُ ذلك، بدليل التَّعليل والتَّفريع اللَّذين ذكرهما الشَّارحُ. فتدبَّرْ. اهـ[7].

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٢٧.

(٢) «الاختيار»: ٣/ ٢٥.

(٣) «منح الغفار»: ق٥١٧/ آ فيض الله.

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٦.

(٥) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٥.

(٦) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧٧/ ب شهيد علي باشا، «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٤٤ (بهامش درر الحكام).

(٧) «فتح المعين»: ٣/ ٢٠٣.

الطَّيرَ في الهواءِ لم يَضمنْ. (وَكَوْنُ المُودَعِ مُكَلَّفاً شَرْطٌ لِوُجُوبِ الحِفْظِ عَلَيْهِ) فلو أودعَ صبيّاً فاستهلكَها؛ لم يضمنْ، ....

أقول: لكن الذي قدَّمَه في «الدُّرَر» يُفيدُ كفايةَ قبول وضع اليد، فإنَّ من وضعَ ثيابَه بين يدي رجلٍ ساكتٍ كان إيداعاً، وكذلك وضعُ الثِّياب في الحمَّام وربطُ الدَّابَّة في الخان، مع أنَّه ليس فيه إثبات اليد بالفعل. وقولُه: "وحفظُ الشَّيء بدون إثبات اليدِ عليه" معناهُ: بدون إمكان إثباتها. فتأمَّلْ. وعليه فيكون المرادُ بقبولها: إثباتَ اليد وقت الإيداع، والطَّائرُ ونحوُه ساعةَ الإيداع غيرُ قابلٍ لذلك.

(قوله: لَمْ يَضْمَنْ) الأَوْلى أن يقول: (لا يصحُّ)؛ لأنَّه إذا وَجدَه بعد ووضعَ يده عليه، وهلكَ من غير تعدٍّ؛ لم يَضمنْ. فتدبَّرْ. ط[1].

قال في «الجوهرة»: أودعَ صبيّاً وديعةً، فهلكتْ منه؛ لا ضمانَ عليه بالإجماع، فإن استهلَكَها: إن كان مأذوناً في التِّجارة؛ ضَمِنَها إجماعاً، وإن كان محجوراً عليه: إن قَبَضَها بإذن وليِّه ضمنَ أيضاً إجماعاً، وإن قَبضَها بغير إذن وليِّه لا ضمانَ عليه عندهما لا في الحال ولا بعد الإدراك. وقال أبو يوسفَ: يضمنُ في الحال. وإن أودَعَه عبداً فقتلَه؛ ضمنَ إجماعاً. والفرقُ: أنَّ الصَّبيَّ من عادته تضييعُ الأموال، فإذا سلَّمَه مع علمه بهذه العادة فكأنَّه رضيَ بالإتلاف، فلم يكن له تضمينُه، وليس كذلك القتلُ؛ لأنَّه ليس من عادة الصِّبيان، فيضمَنُه ويكونُ قيمتُه على عاقلته. وإن جنى عليه فيما دون النَّفس؛ كان أرشُه في مال الصَّبيِّ. انتهى[2].

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٦.

(٢) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٤٧.

ولو عبداً محجوراً؛ ضمنَ بعد عتقه ....

قال العلَّامةُ الخيرُ الرَّمليُّ: أقول: يُستثنى من إيداع الصَّبيِّ: ما إذا أودَعَ صبيٌّ محجورٌ مثلَه وهي ملكُ غيرهما، فللمالك تضمينُ الدَّافع والآخذ. كذا في «الفوائد الزَّينيَّة»[1]. وأجمعوا على أنَّه لو استهلكَ مالَ الغير من غير أن يكون عنده وديعةً ضمنَ في الحال. كذا في «العناية»[2]. لأنَّه محجورٌ عليه في الأقوال دون الأفعال كما ذكرَ في الحجر. وسيأتي مزيدُ تفصيلٍ في المسألة في كتاب الجنايات قبل القسامة بأسطرٍ، فراجعْه إن شئتَ. اهـ[3].

(قوله: وَلَوْ عَبْداً مَحْجُوراً ضَمِنَ بَعْدَ عِتْقِهِ) أي: لو بالغاً، فلو قاصراً لا ضمانَ عليه أصلاً. أبو السُّعود[4]. وإنَّما لم يضمنْ في الحال لحقِّ مالكه، فإنَّ المودِعَ لَمَّا سلَّطَه على الحفظ، وقَبِلَه العبدُ حقيقةً أو حكماً، كما لو كان ذلك بالتَّعاطي، فكان من قبيل الأقوال، والعبدُ محجورٌ عنها في حقِّ سيِّده، فإذا عتقَ ظهرَ الضَّمانُ في حقِّه لتمام رأيه. وهذا إذا لم تكن الوديعةُ عبداً، فلو أودعَ صبيّاً عبداً، فقتلَه الصبيُّ؛ ضمنَ عاقلتُه سواءٌ قتلَه عمداً أو خطأً؛ لأنَّ عمدَه خطأٌ، وليس مُسلَّطاً على القتل من جانب المولى؛ لأنَّ المولى لا يملكُ القتلَ، فلا يملكُ التَّسليطَ عليه، فإن أودعَ العبدُ عند عبدٍ محجورٍ، فقتلَه خطأً؛ كان من قبيل الأفعال، وهو غيرُ محجورٍ عنها، ولم تكن من الأقوال؛ لأنَّ مولى العبد لا يملكُ تفويضَ قتله للمودع، فكان على مولى العبد المودع القاتلِ أن يدفعَه أو يَفديَه كما هو حكمُ الخطأ، وإن قَتلَه عمداً قُتِلَ، به إلا أن يعفوَ وليُّه. رحمتي.

---

(١) «الفوائد الزينية»: ص٦١.

(٢) «العناية»: ١٠/ ٣٧١. وفي الرملي: (الغياثية).

(٣) «لوائح الأنوار»: ق٧١/آ ولي الدين.

(٤) «فتح المعين»: ٣/ ٢٠٣.

(وَهِيَ أَمَانَةٌ) هذا حُكمُها مع وجوب الحفظ ....

(قوله: وَهِيَ أَمَانَةٌ) هذا من قبيل حملِ العامِّ على الخاصِّ، وهو جائزٌ كـ: الإنسان حيوانٌ، ولا يجوز عكسُه؛ لأنَّ الوديعةَ عبارةٌ عن كونِ الشَّيء أمانةً باستحفاظِ صاحبه عند غيره قصداً، والأمانةُ قد تكون من غير قصدٍ، والوديعةُ خاصَّةٌ، والأمانةُ عامَّةٌ، والوديعةُ بالعقد، والأمانةُ أعمُّ، فتَنفردُ فيما إذا هبَّت الرِّيحُ بثوبِ إنسانٍ وألقتْه في حِجْر غيره، وتقدَّم أنَّه يبرأُ عن الضَّمان في الوديعة إذا عادَ إلى الوفاق، والأمانةُ غيرُها لا يبرأُ عن الضَّمان بالوفاق. ط[1]. ومثلُه في «النِّهاية» و«الكفاية»[2].

قال يعقوب باشا: وفيه كلامٌ، وهو أنَّه إذا اعتُبرَ في إحداهما القصدُ وفي الأخرى عدمُه؛ كان بينهما تباينٌ لا عمومٌ وخصوصٌ. والأَوْلى أن يقال: والأمانةُ قد تكون بغير قصدٍ كما لا يخفى. انتهى. لكن يمكن الجوابُ: بأنَّ المرادَ بقوله: والأمانةُ ما يقعُ في يده من غير قصدٍ: كونُها بلا اعتبار قصدٍ؛ لأنَّ عدمَ القصد معتبرٌ فيها حتَّى يلزم التَّباينُ، بل هي أعمُّ من الوديعة؛ لأنَّها تكون بالقصد فقط، والأمانةُ قد تكون بالقصد وبغيره. تدبَّرْ.

وما في «العناية» من أنَّه قد ذكرنا: أنَّ الوديعةَ في الاصطلاح: هي التَّسليطُ على الحفظ، وذلك يكون بالعقد، والأمانةُ أعمُّ من ذلك، فإنَّها قد تكون بغيرِ عقدٍ؛ فيه كلامٌ، وهو أنَّ الأمانةَ مباينةٌ للوديعة بهذا المعنى، لا أنَّها أعمُّ منها؛ لأنَّ التَّسليطَ على الحفظ فعلُ المودع، وهو المعنى، والأمانةُ عينٌ من الأعيان، فيكونان متباينَيْن. والأولى أن يقول: والوديعةُ ما تُتركُ عند الأمين كما في هذا المختصر. داماد[3].

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٦.

(٢) «النهاية»: ٩/ ٤٠ ط العلمية، قال: (هكذا نقل عن الإمام بدر الدين الكردري)، «الكفاية»: ٦/ ٢٥٤.

(٣) «مجمع الأنهر»: ٢/ ٣٣٨.

والأداءِ عند الطَّلَب، واستحبابِ قبولها، (فَلَا تُضْمَنُ بِالهَلَاكِ) ....

(قوله: وَالأَدَاءِ عِنْدَ الطَّلَبِ) أي: إلا في مسائلَ ستأتي، منها: ما إذا كانتْ سيفًا وأرادَ قتلَ آخر ظلمًا كما في «الدُّر المنتقى»[(١)].

(قوله: وَاسْتِحْبَابُ قَبُولِهَا) قال الشُّمنيُّ: وشرعيَّةُ الإيداع بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾[النِّساء: ٥٨]، وأداءُ الأمانة لا يكون إلا بعدها، ولأنَّ قبولَ الوديعة من باب الإعانة؛ لأنَّ يحفَظُها لصاحبها، وهي مندوبةٌ؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾[المائدة: ٢]، وقوله صلى الله تعالى عنه وسلم: «وَاللهُ تَعَالَى فِي عَوْنِ العَبْدِ مَا دَامَ العَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ»[(٢)]. اهـ. قال الزَّيلعيُّ: وقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ» رواه أبو داود والترمذيُّ وقال: حديث حسنٌ[(٣)]، وحِفظُها يوجبُ سعادةَ الدَّارين، والخيانةُ توجبُ الشَّقاءَ فيهما... إلخ[(٤)].

ومن محاسنها: اشتمالُها على بذل منافع بدنه وماله في إعانةِ عباد الله، واستيجابه الأجرَ والثَّناءَ. حموي[(٥)].

والحاصلُ: أنَّه يبتني على الإيداع أربعةُ أشياءَ: كونُ الوديعة أمانةً، ووجوبُ الحفظ على المودَع، ووجوبُ الأداء عند الطَّلب، واستحبابُ قبولها.

(قوله: فَلَا تُضْمَنُ بِالهَلَاكِ) تفريعٌ على كونها أمانةً.

---

(١) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٣٨ (بهامش مجمع الأنهر).

(٢) رواه مسلم: ٢٦٩٩ من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) تقدم تخريجه: ٧/ ٣٠٣.

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٦.

(٥) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧٧/ ب شهيد علي باشا.

إلا إذا كانت الوديعةُ بأجرٍ. «أشباه»[1] ....

(قوله: إِلَّا إِذَا كَانَتِ الوَدِيعَةُ بِأَجْرٍ) سيأتي أنَّ الأجيرَ المشتركَ لا يضمنُ وإن شُرطَ عليه الضَّمانُ، وبه يُفتى، وأيضاً قولُ المصنِّف قريباً: (واشتراطُ الضَّمان على الأمين باطلٌ، به يُفتى)، فكيف يقال مع عدم الشَّرط: إنَّه يضمنُ؟! وفي «البزَّازيَّة»: دفعَ إلى صاحب الحمَّام واستأجرَه وشرطَ عليه الضَّمانَ إذا تلفَ، فذكرَ أنَّه لا أثرَ له فيما عليه الفتوى[2]. لكن قال الخيرُ الرَّمليُّ: صرَّحَ الزَّيلعيُّ في كتاب الإجارة في باب ضمان الأجير: الوديعةُ إذا كانت بأجرٍ تكون مضمونةً[3]، وسيأتي مثلُه في الشَّرح. ومثلُه في «النِّهاية» و«الكفاية شرح الهداية»[4] وكثيرٍ من الكتب. اهـ[5]. وعلَّلوه بأنَّ الحفظَ حينئذٍ مُستحقٌّ عليه كما قدَّمْنا. فأفاد أنَّ الأجرةَ تُخرجُ الوديعةَ عن كونها أمانةً إلى الضَّمان.

وفي صدر الشَّريعة: إذا سُرقَ من الأجير المشترك والحالُ أنَّه لم يُقصِّرْ في المحافظة؛ يضمنُ عندهما، كما في الوديعة التي تكون بأجرٍ، فإنَّ الحفظَ مُستحَقٌّ عليه. وأبو حنيفةَ يقول: الأجرةُ في مقابلة العمل دون الحفظ، فصارَ كالوديعة بلا أجرٍ. اهـ[6]. فأفاد أنَّ الوديعةَ بأجرٍ مضمونةٌ اتِّفاقاً، وبلا أجرٍ غيرُ مضمونةٍ اتِّفاقاً، وأمَّا الأجيرُ المشتركُ؛ فيَضمنُ عندهما؛ لأنَّ الأجرةَ في مقابلة العمل والحفظ، ولا يضمنُ عنده؛ لأنَّها في مقابلة العمل فقط، فحصلَ الفرقُ بين المودَع بأجرٍ والأجير المشتركِ. قال سيدي الوالدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وقد يُفرَّقُ: بأنَّه هنا مُستأجَرٌ على الحفظ قصداً، بخلاف الأجير المشترك، فإنَّه مُستأجَرٌ

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٥.

(٢) «الفتاوى البزازية»: كتاب الإجارات: ١/ ٤٦٤.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ١٣٥.

(٤) «النهاية»: ٩/ ٤٠ ط العلمية، «الكفاية»: ٦/ ٢٥٦.

(٥) «لوائح الأنوار»: ق٧١/ ب ولي الدين.

(٦) «شرح الوقاية»: كتاب الإجارة: ٤/ ٢٨٩.

معزيًّا للزَّيلعيِّ (مُطْلَقًا) سواءٌ أمكنَ التَّحرُّزُ أم لا، هلكَ معها شيءٌ أم لا؛ لحديثِ الدَّارقطنيِّ: «لَيْسَ عَلَى المُسْتَوْدَعِ غَيْرِ المُغِلِّ ضَمَانٌ» ....

على العمل. اهـ[1]. يؤيِّدُه ما سمعتَ وما قدَّمْنا. والحاصلُ: أنَّ الأجيرَ المشتركَ: مَنْ يعملُ لغيره عملا غيرَ مؤقَّتٍ ولا مخصوصٍ كالحمَّامي والحارس، فهو مُستأجَرٌ لحفظ المكان الذي فيه المتاعُ، فلم يكن مُودَعًا، بخلاف المودع بأجرٍ، فإنَّه يقال له: احفظْ هذه الوديعةَ ولك من الأجر كذا، فيَنطبقُ عليه اسمُ المودَع، وهو تسليطُ الغير على حفظ ماله. فتأمَّلْ.

(قوله: مَعْزِيًّا لِلزَّيْلَعِيِّ) ذكره في ضمان الأجير، وعلَّلَ الضَّمانَ: بأنَ الحفظَ واجبٌ عليه مقصوداً ببدلٍ. اهـ[2].

(قوله: سَوَاءٌ أَمْكَنَ التَّحَرُّزُ عَنْهُ أَمْ لا) وليس منه النِّسيانُ، كما لو قال: "وُضعتْ عندي فنسيتُ وقمتُ"، بل يكون مُفرِّطًا، بخلافِ ما إذا قال: "ضاعتْ ولا أدري كيف ذهبتِ الوديعةُ من منزلي، ولم يذهبْ من منزلي شيءٌ"، فإنَّ القولَ قولُه مع يمينه ولا يضمنُ؛ لأنَّه أمينٌ. اهـ حموي بتصرُّفٍ[3]. ط[4]. قال مؤيَّد زاده: إذا قال: "ذهبتْ"؛ يُقبلُ قولُه مع يمينه. «واقعات»[5].

(قوله: لِحَدِيثِ الدَّارَقُطْنِيِّ) قال في «المنح»: وإنَّما كانت الوديعةُ أمانةً؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَيْسَ عَلَى المُسْتَعِيرِ غَيْرِ المُغِلِّ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى المُسْتَوْدَعِ غَيْرِ المُغِلِّ

(١) «رد المحتار»: ١٤/ ٤٦٢.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ١٣٥.

(٣) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧٧/ ب- ٢٧٨/ آ شهيد علي باشا.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٦.

(٥) «الواقعات» للحسام الشهيد: ق١٧٤/ آ فيض الله.

(وَاشْتِرَاطُ الضَّمَانِ عَلَى الأَمِينِ) كالحمَّاميِّ والخانيِّ (بَاطِلٌ، بِهِ يُفْتَى) «خلاصة» وصدرُ الشَّريعة.

ضَمَانٌ»[1]، والغلولُ والإغلالُ: الخيانةُ، إلا أنَّ الغلولَ في المغنم خاصَّةً والإغلالَ عامٌّ، وهذا الحديثُ مسندٌ عن عبد الله بن عمر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. اهـ ملخَّصاً. ولأنَّ شرعيَّتَها لحاجة النَّاس إليها، ولو ضَمَّنا المودَعَ؛ امتنعَ النَّاسُ عن قبولها، وفي ذلك تعطيلُ المصالح[2].

(قوله: وَاشْتِرَاطُ الضَّمَانِ... إلخ) ولو ضمنَ تسليمَها صحَّ. أبو السُّعود.

(قوله: كَالحَمَّامِيِّ) أي: معلِّم الحمَّام الذي يأخذُ الأجرةَ في مقابلة انتفاع الدَّاخل بالحمَّام، أمَّا مَن جرى العرفُ بأنه يأخذُ في مقابلة حفظِه شيئاً ـ وهو المسمَّى بالنَّاطور في زماننا، وهو الذي سمَّاه الشَّارحُ الثِّيابيَّ ـ فإنَّه يضمنُ؛ لأنَّه وديعةٌ بأجرةٍ كما تقدَّم، لكنَّ الفتوى على عدمه. ويأتي تمامُه.

(قوله: وَالخَانِيِّ) أي: فإنَّه لا نفعَ له غيرُ الحفظ، فينبغي أن يكون من قَبِيل الحافظ بالأجر، إلا أن يقال: قد يُقصدُ الخانُ لدفع الحرِّ والبرد ومنعِ الدَّابَّة عن الهروب، فلم يكن مُستأجَراً للحفظ. تأمَّلْ.

(قوله: بَاطِلٌ، بِهِ يُفْتَى) قال مؤيَّد زاده في أنواع الضَّمانات: استأجَرَ رجلاً لحفظ خانٍ أو حوانيتَ، فضاعَ منها شيءٌ؛ قيل: يَضمنُ عندهما لو ضاعَ من خارج الحُجْرة؛ لأنَّه أجيرٌ مشتركٌ. وقيل: لا في الصَّحيح، وبه يُفتى. ولو ضاعَ من داخلها بأن نقبَ اللِّصُّ؛ فلا يضمنُ الحارسُ في الأصحِّ، وحارسُ السُّوق على هذا الخلاف. واختارَ أبو جعفرٍ:

---

(١) تقدم تخريجه: ١٤/ ٤٦٣.

(٢) «منح الغفار»: ق١٧/٥ آ فيض الله.

(وَلِلْمُودَعِ حِفْظُهَا بِنَفْسِهِ ....

أنَّه يضمنُ ما كان خارجَ السُّوق لا داخلَه. «جامع الفصولين»[1]. وفي «البزَّازيَّة»: نقبَ حانوتَ رجلٍ وأخذَ متاعَه؛ لا يَضمنُ حارسُ الحوانيت على ما عليه الفتوى؛ لأنَّ الأمتعةَ محروسةٌ بأبوابها وحيطانها، والحارسُ يَحرسُ الأبوابَ. وعلى قول أبي حنيفةَ: لا يضمنُ مطلقاً وإن كان المالُ في يده؛ لأنَّه أجيرٌ. اهـ[2]. وفي «المنية»: دفعَ الثَّوبَ إلى الحمَّامي ليحفَظَه، فضاعَ؛ لا يَضمنُ إجماعاً؛ لأنَّه مودَعٌ؛ لأنَّ محلَّ الأجر بإزاء الانتفاع بالحمَّام، إلا أن يُشترطُ بإزاء الانتفاع به الحفظُ، فحينئذٍ على الخلاف. وإذا دفعَ إلى مَنْ يحفظُ بأجرٍ كالثِّيابيِّ؛ فعلى الاختلاف. «خلاصة» وصدرُ الشَّريعة[3].

(قوله: حِفْظُهَا بِنَفْسِهِ) قال في «المنح»: وذلك بالحِرْز وباليد. أمَّا الحرزُ؛ فدارُه ومنزلُه وحانوتُه، سواءٌ كان مِلكاً أو إجارةً أو عاريةً[4]. قال الرَّمليُّ: أقول: لا يخفى أنَّ لفظَ الحرز مُشعرٌ باشتراط كونه حصيناً، حتَّى لو لم يكن كذلكَ بحيث يُعدُّ الوضعُ فيه تضييعاً؛ يَضمنُ ذلك، كالدَّار التي ليس لها حيطان ولا لبيوتها أبوابٌ، وقد سُئلتُ عن خياطةٍ في دارٍ بهذه الصِّفة خرجتْ منها هي وزوجُها ليلاً لعُرسِ جارتها، فسُرقتْ أثوابُ النَّاس منها، فأفتيتُ بالضَّمان والحالةُ هذه؛ لأنَّ مثلَ ذلك يُعدُّ تضييعاً. تأمَّلْ. اهـ[5].

وفي الأنقرويِّ من الوديعة: سوقيٌّ قامَ من حانوته إلى الصَّلاة وفي حانوته ودائعُ، فضاعَ شيءٌ منها؛ لا ضمانَ عليه؛ لأنَّه غيرُ مضيِّعٍ لِمَا في حانوته؛ لأنَّ جيرانَه يحفظونه، إلا

(١) «جامع الفصولين»: ٢/ ١١٩.

(٢) «الفتاوى البزازية»: كتاب الإجارات: ١/ ٤٦٦.

(٣) «شرح الوقاية»: كتاب الإجارة: ٤/ ٢٨٩.

(٤) «منح الغفار»: ق٥١٧/ آ فيض الله.

(٥) «لوائح الأنوار»: ق٧١/ ب ولي الدين.

....

أن يكون هذا إيداعـاً من الجيران، فيقال: ليس للمودَعِ أن يُودِعَ، لكن هذا مودَعٌ لم يُضيِّعْ. «واقعات» في الوديعة[1]. قولُه: "ليس للمودع أن يودِعَ... إلخ" ذكر الصَّدرُ الشَّهيدُ ما يدلُّ على الضَّمان، فتأمَّلْ عند الفتوى. «فصولين» من الثَّالث والثلاثين. وفي «البزَّازيَّة»: قامَ من حانوته إلى الصَّلاة وفيه ودائعُ النَّاس وضاعتْ؛ لا ضمانَ، وإن أجلسَ على بابه ابناً له صغيراً فضاعَ: إن كان الصَّبيُّ يعقلُ الحفظَ لا يَضمنُ، وإلا يضمنُ. اهـ[2]. وقال قُبيله: والحاصلُ: أنَّ العبرةَ للعُرْف، حتَّى لو تركَ الحانوتَ مفتوحاً أو علَّقَ الشَّبكة على بابه ونامَ، ففي النَّهار ليس بتضييعٍ، وفي اللَّيل إضاعةٌ. وفي خُوارزم لا يعدُّ إضاعةً في اليوم واللَّيلة[3].

قوله: الذي يظهرُ في مسألة الحانوتيِّ عدمُ الضَّمان، سواء أجلسَ صبيّاً أو لا حيث جرى عُرفُ أهل السُّوق؛ لأنَّه غيرُ مُودَعٍ قصداً، بل تركها في حِرزِها مع ماله، فقد حَفِظَها بما يحفظُ به مالَه، ولهذا نقلَ في «جامع الفصولين» بعدما تقدَّم رامزاً إلى «فتاوى القاضي ظهير الدِّين»: أنَّه يبرأُ على كلِّ حالٍ؛ لأنَّه تركَها في الحرز، فلم يُضيِّعْ. اهـ[4]. والحاصلُ: أنَّه يجب حرزُ كلِّ شيءٍ في حرز مثله، بخلاف الحرز في السَّرقة، فإنَّ كلَّ ما كان حرزَ النَّوع؛ فهو حرزٌ لسائر الأنواع، فيُقطعُ بسرقةِ لؤلؤةٍ من إصطبلٍ، أمَّا هنا فإنَّ حرزَ كلِّ شيءٍ بحسبه، ففي «البزَّازيَّة»: لو قال: "وضعتَها بين يدي وقمتَ ونسيتَها فضاعتْ"؛ يَضمنُ،

(١) «الواقعات» للحسام الشهيد: ق١٧٤/ آ فيض الله، «الفتاوى الأنقروية»: ٢/ ٢٦٨.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣١٨.

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣١٨.

(٤) «جامع الفصولين»: ٢/ ١٠٥.

وَعِيَالِهِ) كماله، (وَهُمْ مَنْ يَسْكُنُ مَعَهُ حَقِيقَةً أَوْ حُكْمًا، لا مَنْ يَمُونُهُ) ....

ولو قال: "وَضَعْتَها بين يديَّ في دارٍ" والمسألةُ بحالها: إنْ مما لا يُحفظُ في عَرصة الدَّار كصُرَّة النَّقدين؛ ضمنَ، ولو كانت ممَّا يُعدُّ عرصَتُها حصناً له؛ لا يضمنُ. اهـ[1]. وسيأتي تمامُه إن شاء اللهُ تعالى.

(قوله: وَعِيَالِهِ) بالكسر جمعُ: عَيِّلٍ بفتح فتشديد، وهو من يَقوتُه، لكنَّ المرادَ هنا في تفسير مَنْ في عياله: أن يَسكُنَ معه، سواءٌ كان في نفقته أو لم يكن، والعبرةُ في هذا للمساكنة، إلا في حقِّ الزَّوجة والولد الصَّغير والعبدِ، لكن يُشترطُ في الولد الصَّغير أن يَقدرَ على الحفظ، فعلى هذا التَّفسير ينبغي أن لا يَضمنَ بالدَّفع إلى أجنبيٍّ يَسكنُ معه. ذكره حفيدُ السَّعد في «حواشي صدر الشريعة».

ويؤيِّدُه ما في «الولوالجيَّة»: رجلٌ آجَرَ بيتاً من داره إنساناً، ودفعَ الوديعةَ إلى هذا المستأجر: إن كان لكلِّ واحدٍ منهما غَلَقٌ على حدةٍ يضمنُ؛ لأنَّه ليس في عياله ولا بمنزلةِ مَنْ في عياله، وإن لم يكن لكلٍّ منهما غلقٌ على حدةٍ وكلُّ واحدٍ منهما يدخلُ على صاحبه بغير حِشمةٍ؛ لا يضمنُ؛ لأنَّه بمنزلة مَنْ في عياله. اهـ[2].

وفي «الخلاصة»: مودَعٌ غابَ عن بيته ودفعَ مفتاحَه إلى غيره، فلمَّا رجعَ إلى بيته لم يجدِ الوديعةَ؛ لا يضمنُ، وبدفع المفتاحِ إلى غيره لم يجعلِ البيتَ في يد غيره. اهـ ط[3].

(قوله: أَوْ حُكْمًا) تفسيرٌ لمن يَسكنُ معه في عياله.

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٢٠.

(٢) «الفتاوى الولوالجية»: ٣/ ٥.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٦.

فلو دَفعَها لولَدِه المميِّز أو زوجتِه، ولا يَسكنُ معهما، ولا يُنفقُ عليهما؛ لم يضمنْ. «خلاصة». وكذا لو دَفعَتْها لزوجها؛ لأنَّ العبرةَ للمساكنة لا للنَّفقة. وقيل: يُعتبرانِ معاً

(قوله: فَلَوْ دَفَعَهَا) تفريعٌ على قوله: (أو حكماً) وتفسيرٌ له كما تُشعرُ به عبارةُ «المنح»[1].

(قوله: المُمَيِّزِ) بشرط أن يكون قادراً على الحفظ. «بحر»[2].

(قوله: وَلَا يَسْكُنُ مَعَهُمَا) لأنَّها في الحكم كأنَّها في مسكنِ زوجها.

(قوله: «خُلَاصَة») قال فيها: وفي «النِّهاية»: لو دَفعَها إلى ولده الصَّغير أو زوجتِه وهما في محلَّةٍ والزَّوجُ يسكنُ في محلَّةٍ أخرى؛ لا يَضمنُ ولو كان لا يجيءُ إليهما ولا يُنفقُ عليهما، لكن يُشترطُ في الصَّغير أن يكون قادراً على الحفظ[3]، فإنَّ الزَّوجةَ ـ أي: والولدَ الصَّغيرَ ـ وإن كانا في مسكنٍ آخرَ، إلا أنَّهما في الحكم كأنَّهما في مسكن الزَّوج والأب. اهـ. قال الرَّمليُّ: وقد زاد صاحبُ «المجتبى» العبدَ الذي لم يكن في منزله، وكلُّ ذلك يَرجعُ إلى قولهم: يحفَظُها بما يحفظُ به مالَه. فتنبَّهْ لذلك. اهـ[4].

(قوله: وَقِيلَ: يُعْتَبَرَانِ مَعًا) أقول: وعليه فيدخلُ عبدُه وأمتُه وأجيرُه الخاصُّ، كالمشاهرة بشرط أن يكون طعامُه وكسوتُه عليه، دون الأجير بالمياومة وولدِه الكبيرِ إن كان في عياله كما ذكره بعضُهم. فتأمَّلْ.

---

(١) «منح الغفار»: ق٥١٧/ ب فيض الله.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٤.

(٣) «خلاصة الفتاوى»: ٤/ ٢٨٦ - ٢٨٧ بتصرف بدون نقل.

(٤) «لوائح الأنوار»: ق٧١/ ب ولي الدين.

عيني. (**وَشُرِطَ كَوْنُهُ**) أي: مَنْ في عياله (**أَمِينًا**) فلو عَلِمَ خيانته ضَمِنَ. «خلاصة». (**وَ**) جازَ (**لِمَنْ فِي عِيَالِهِ الدَّفْعُ لِمَنْ فِي عِيَالِهِ، وَلَوْ نَهَاهُ عَنِ الدَّفْعِ إِلَى بَعْضِ مَنْ فِي عِيَالِهِ، فَدَفَعَ: إِنْ وَجَدَ بُدّاً مِنْهُ**) ....

(قوله: عَيْنِيٌّ) نصُّه: وتُعتبرُ المساكنةُ وحدها دون النَّفقة، حتَّى إنَّ المرأةَ لو دفعَتْها إلى زوجها لا تضمنُ وإن لم يكن الزَّوجُ في عيالها؛ لأنَّ العبرةَ في هذا الباب للمساكنة دون النَّفقة. وقيل: تُعتبرُ المساكنةُ مع النَّفقة. اهـ(١).

(قوله: ضَمِنَ) أي: بدفعِها له، وكذا لو تَركَه في بيته الذي فيه ودائعُ النَّاس وذهبَ فضاعتْ؛ ضمنَ. «بحر» عن «الخلاصة»(٢). قال ط: فلا يَضمنُ في صورتين: ما إذا عَلِمَ أمانتَه، وما إذا لم يَعلمْ حالَه أصلاً(٣).

(قوله: الدَّفْعُ لِمَنْ فِي عِيَالِهِ) الضَّميرُ في (عياله) الأخيرِ يصحُّ أن يرجعَ للعيال الأوَّل، وبه صرَّحَ الشُّرنبلاليُّ(٤). ويصحُّ أن يرجعَ للمودَع، وبه صرَّح المقدسيُّ. وفيه: لا يُشترطُ في الأبوين كونُهما في عياله، وبه يُفتى. ولو أودَعَ غيرَ عياله وأجازَ المالكُ؛ خرجَ من البين، ولو وضعَ في حِرْزِ غيره بلا استئجارٍ؛ يَضمنُ؛ لأنَّ الوضعَ في الحرز وضعٌ في يدِ مَنْ في يده الحرزُ، فيكون كالتَّسليم إليه. زيلعي(٥). أي: فيكون وديعةً، وليس للمودَع أن يُودعَ. رملي(٦).

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٧٩.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٤.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٧.

(٤) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٤٥ (بهامش درر الحكام).

(٥) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٧.

(٦) «مظهر الحقائق»: ق٢٨٩/ ب الأزهرية.

وفي سكوتهم عن الدَّفع لعيالِ المودِع ـ بكسر الدَّال ـ إشارةٌ إلى أنَّه لا يملِكُه، ونقل العلَّامةُ أبو السُّعود اختلافاً فقال: والردُّ إلى عيال المالك كالردِّ إلى المالك، فلا يكون إيداعاً، بخلاف الغاصب إذا ردَّ إلى مَنْ في عيال المالك، فإنَّه لا يبرأُ. وفي «الخلاصة»: إذا رَدَّ الوديعةَ إلى منزل المودِع أو إلى مَنْ في عياله فضاعتْ؛ لا يَضمنُ، وفي رواية القُدُوريِّ: يَضمنُ، بخلاف العارية. قال في «البحر»: والفتوى على الأوَّل[1]. وهذا إذا دفعَ إلى المرأة للحفظ، أمَّا إذا أخذتْ لتُنفقَ على نفسها وهو دَفعَ؛ يضمنُ. اهـ[2].

فعلى ما ذكرَ إذا كان ابنُها في عيالها ولم يكن متَّهماً؛ يلزَمُها اليمينُ أنَّها دفعَتْها لابنها المذكور، ويُسأَلُ المدفوعُ إليه ماذا صنعَ، ويجعلُ كأنَّه نفسُ المودع، ويجري الحكمُ الشَّرعيُّ فيه؛ لما في «فتاوى مؤيد زاده»: وصورُ المسائل عن «الفصولين»: أتلَفَها مَنْ في عيال المودع؛ ضمنَ المتلِفُ صغيراً أو كبيراً، لا المودَعُ. اهـ[3]. المودَعُ إذا قال: دفعتُ الوديعةَ إلى ابني وأنكرَ الابنُ، ثمَّ مات الابنُ، فورثَ الأبُ مالَ ابنه؛ كان ضمانُ الوديعة في تركة الابن. «خانيَّة»[4].

وفي «فتاوى قاضي خان»: عشرةُ أشياءَ إذا مَلَكَها إنسانٌ ليس له أن يُملِّكَ غيرَه لا قبل القبض ولا بعده: المرتهنُ لا يملكُ أن يرهنَ، والمودَعُ لا يملكُ الإيداعَ، والوكيلُ بالبيع لا يملكُ أن يوكِّلَ غيرَه، ومستأجرُ الدَّابَّة أو الثَّوب لا يُؤجرُ غيرَه، والمستعيرُ لا يُعيرُ ما

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٤٧.

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ٢٠٥.

(٣) «جامع الفصولين»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ١٠٨.

(٤) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٤٠.

بأن كان له عيالٌ غيرُه. ابنُ ملكٍ (ضَمِنَ، وَإِلَّا لَا، وَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ؛ ضَمِنَ) ....

يختلفُ بالمستعمِلِ، والمزارعُ لا يدفعُ الأرضَ مزارعةً إلى غيره، والمضاربُ لا يُضاربُ، والمستبضِعُ لا يملكُ الإبضاعَ، والمودَعُ لا يملكُ الإيداعَ. اهـ[1].

ولم يذكر العاشرَ في «البحر»، وذكره الخيرُ الرَّمليُّ فقال: العاشرُ: المساقي لا يُساقي غيرَه بغير إذنٍ كما في «السِّراجيَّة» و«شرح الوهبانيَّة»[2]. اهـ[3]. وفي «الخلاصة»: والوديعةُ لا تُودعُ، ولا تعارُ، ولا تُؤجرُ، ولا تُرهنُ، وإن فعلَ شيئاً منها ضمنَ، والمستأجَرُ يؤجرُ ويعارُ، ولم يذكرْ حكمَ الرَّهن، وينبغي أن لا يرهنَ كما هو الصَّحيحُ من عبارة «الخلاصة»، ويأتي بيانُها في العارية موضَّحاً. وفي «التَّجريد»: وليس للمرتهن أن يتصرَّفَ بشيءٍ في الرَّهن غير الإمساك، لا يبيعُ، ولا يؤجرُ، ولا يُعيرُ، ولا يلبسُ، ولا يستخدمُ، فإن فعلَ كان متعدِّياً ولا يبطلُ الرَّهنُ. انتهى.

(قوله: بِأَنْ كَانَ لَهُ عِيَالٌ غَيْرُهُ) أي: غيرَ البعض الذي نهاهُ عنه؛ ضَمِنَ بدفعِه إلى المنهيِّ عنه، وإن لم يكن له إلا ذلك البعضُ لا يضمنُ بدفعه إليه.

(قوله: وَإِلَّا لَا) يعني: مع كون المدفوع إليه أميناً؛ لأنَّه شرطُ جواز الدَّفع كما مرَّ.

(قوله: وَإِنْ حَفِظَهَا بِغَيْرِهِمْ ضَمِنَ) أي: لأنَّ صاحِبَها لم يرضَ بيد غيره، والأيدي تختلفُ بالأمانة، ولأنَّ الشَّيءَ لا يتضمَّنُ مِثلَه، كالمضارب لا يُضاربُ. أبو السُّعود[4].

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٣٤.

(٢) «الفتاوى السراجية»: ص٥٣٧، «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٥٣- ٥٤.

(٣) «مظهر الحقائق»: ق٢٨٩/ ب الأزهرية.

(٤) «فتح المعين»: ٣/ ٢٠٥.

وعن محمدٍ: إنْ حَفِظَها بمن يحفظُ مالَه ....

قال الرَّمليُّ: إنَّما يضمنُ إذا كان بغير إذن صاحبها. اهـ[١].

فرعٌ: لو قال: "ادفَعْها لمن شئتَ يوصِلها إليَّ"، فدَفعَها إلى أمينٍ، فضاعتْ؛ قيل: يُضمنُ. وقيل: لا يضمنُ. «تاترخانيَّة».

فرعٌ آخرُ: حضرَتْها الوفاةُ، فدفعت الوديعةَ إلى جارتها، فهلكتْ عند الجارة، قال البلخيُّ: إن لم يكن بحضرتها عند الوفاة أحدٌ ممن يكون في عيالها لا تضمنُ، كما لو وقعَ الحريقُ في مال المودَع؛ له دفعُها لأجنبيٍّ. «خانيَّة»[٢].

(قوله: وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ) إنَّ المودَعَ إذا دفعَ الوديعةَ إلى وكيله وليس في عياله، أو دفعَ إلى أمينٍ من أُمَنائه من يثِقُ في ماله وليس في عياله؛ لا يَضمنُ؛ لأنَّه حفظَه مثلَ ما يحفظُ مالَه وجعلَه مثلَه، فلا يجب عليه أكثرُ من ذلك. ذكره في «النِّهاية»[٣]. ثم قال: وعليه الفتوى، وعزاه إلى التُّمرتاشيِّ، وهو إلى الحلوانيِّ[٤]. ثم قال: وعلى هذا لم يَشترطْ في «التحفة» في حفظ الوديعة العيالَ، فقال: ويلزمُ المودَعَ حفظُه إذا قَبِلَ الوديعةَ على الوجه الذي يحفظُ مالَه[٥]، وذكر فيه أشياءَ، حتَّى ذكرَ أنَّ له أن يَحفظَ بشريك العِنان والمفاوضةِ وعبدِه المأذون له الذي في يده ماله[٦]، وبهذا يُعلمُ أنَّ العيالَ ليس بشرطٍ في حفظ الوديعة. اهـ. وسيأتي ذكرُه. ط[٧].

(١) «لوائح الأنوار»: ق٧١/ ب ولي الدين.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٤١.

(٣) «النهاية»: ٩/ ٤٢ ط العلمية.

(٤) «النهاية»: ٩/ ٤٢ ط العلمية.

(٥) «تحفة الفقهاء»: ٣/ ١٧١.

(٦) «النهاية»: ٩/ ٤٢- ٤٣ ط العلمية.

(٧) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٧.

كوكيلِه ومأذونِه وشريكِه مفاوضةً وعِنانـاً جازَ، وعليه الفتوى. ابنُ ملكٍ. واعتمدَه ابنُ الكمال وغيرُه، وأقرَّه المصنِّفُ. (**إِلَّا إِذَا خَافَ الحَرَقَ أَوِ الغَرَقَ**.........

(**قوله: كَوَكِيلِهِ**) أتى بالكاف؛ لأنَّ أمينَه كذلكَ وإن لم يكن في عياله، وعليه الفتوى كما علمتَ، وبه صرَّحَ في «الذَّخيرة». وفي «التَّاترخانيَّة»: ولو قال: "ادفَعْها لمن شئتَ يوصِلْها إليَّ"، فدفعها إلى أمينٍ، فضاعتْ، قيل: يضمنُ، وقيل: لا يضمنُ.

(**قوله: وَاعْتَمَدَهُ ابْنُ الكَمَالِ**) حيث قال: وله حِفظُها بنفسه وأمينه، لم يقل: وعياله؛ لأنَّ الدَّفعَ إلى العيال إنَّما يجوزُ بشرط الأمانة، وعند تحقُّقِه لا حاجةَ إلى كونه عيالاً. قال في «الذَّخيرة»: لو دَفعَها إلى أمينٍ من أُمَنائه ليس في عياله يجوزُ، وعليه الفتوى. اهـ[1].

(**قوله: وَأَقَرَّهُ المُصَنِّفُ**) ونقلَه في «البحر»، وقال قبله: وظاهرُ المتون: أنَّ كونَ الغير في عياله شرطٌ، واختاره في «الخلاصة»، وقال: والأبوان كالأجنبيِّ حتَّى يُشترطُ كونُهما في عياله[2]. لكن قد علمتَ ما قدَّمْناه قريباً عن المقدسيِّ من أنَّ المفتى به عدمُ اشتراط كونهما في عياله، فلا تنسَه.

(**قوله: إِلَّا إِذَا خَافَ الحَرْقَ أَوِ الغَرَقَ**) الحرقُ بالسكون من النَّار، وبالتَّحريك من دقِّ القصَّار، وقد رُويَ فيه السُّكونُ. «مغرب»[3]. وفي «المصباح»: الحَرَقُ بفتحتين: اسمٌ من إحراق النَّار. اهـ[4]. والغَرَقُ بفتحتين مصدرُ: غَرِقَ في الماء فهو غريقٌ. مكي. ومثلُ خوف الغرق والحرق: خوفُ اللُّصوص. وفي «الخلاصة»: فإن دفعَ لضرورةٍ بأن احترقَ بيتُ

(١) «الإيضاح»: ٢/ ٢٩٠.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٤.

(٣) «المغرب»: ص١١٢.

(٤) «المصباح المنير»: ١/ ١٣١.

وَكَانَ غَالِبـاً مُحِيطـاً) فلو غيرَ مُحيطٍ ضمنَ، (فَسَلَّمَهَا إِلَى جَارِهِ أَوْ) إلى (فُلْكٍ آخَرَ) ....

المودَع، فدَفعَها إلى جاره، وكذا فيما يُشبهُ هذا. اهـ أتقاني. أي: فإنَّه لا يضمنُ. ط[1].

(قوله: وَكَانَ غَالِبـاً مُحِيطـاً) لا حاجةَ إليه؛ لأنَّ فرضَ المسألة أنَّه خافَ الحرقَ أو الغرقَ، وهو إنَّما يكون عند كونه غالبـاً محيطـاً، إلا أن يراد بالغالب: الكثيرُ، وحينئذٍ فلا منافاةَ، والمرادُ: أنَّ ذلك في بيت المودَع. قال الحمويُّ: لا بُدَّ أن يكون غالبـاً محيطـاً بمنزلة المودَع[2]. وفي القهستانيِّ: إلا إذا خاف الحرقَ أي: حرقـاً يحيطُ بجميع محلِّها. انتهى[3].

(قوله: فَلَوْ غَيْرَ مُحِيطٍ ضَمِنَ) إذ الخوفُ منتفٍ عند عدم الغلبة والإحاطة. فتأمَّلْ. قاله الرَّمليُّ[4]. قال في «الخلاصة»: أمَّا إذا لم يكن مُحيطـاً؛ يَضمنُ بالدَّفع إلى الأجنبيِّ. اهـ.

(قوله: فَسَلَّمَهَا إِلَى جَارِهِ) الظَّاهرُ من أساليب الكلام: أنَّه لا يجبُ أن يُسلِّمَها إلى جاره، حتَّى لو تركها في داره فحرقتْ لا يَضمنُ. وليُحرَّر. أفاده سريُّ الدِّين عن «المجتبى». لكن في «الهنديَّة» عن التُّمرتاشيِّ: أنَّه يضمنُ[5]. ط[6]. وفي «التَّاترخانيَّة» عن «التَّتمَّة»: وسئلَ حميدٌ الوَبَريُّ عن مودعٍ احترقَ بيتُه ولم ينقلِ الوديعةَ إلى مكانٍ آخرَ: إن مع تمكُّنِه منه فترَكها حتَّى احترقتْ ضمنَ. اهـ[7]. ومثلُه في «الحاوي» و«جامع الفتاوى». ومثلُه: ما لو تَرَكَها حتى أكلَها العثُّ، خلافـاً لِمَا يأتي في «النَّظم». قال في «الحاوي»: ويُعرفُ من هذا كثيرٌ من الواقعات.

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٧.

(٢) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧٩/ آ شهيد علي باشا.

(٣) «جامع الرموز»: ص٤٥٣.

(٤) «لوائح الأنوار»: ق٧١/ ب ولي الدين.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٦.

(٦) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٧.

(٧) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٢٢ عن «اليتيمة».

....

وفي «نور العين»: ذكرَ محمدٌ في حريقٍ وقعَ في دار المودَع، فدَفعَها إلى أجنبيٍّ؛ لم يضمنْ، فلو خرجَ من ذلك ولم يستردَّها ضَمنَ، كما لو دَفعَها إلى امرأته، ثمَّ طلَّقَها ومضتْ عدَّتُها، فلو لم يَستردَّها ضمنَ؛ إذ يجب عليه الاستردادُ، ولأنَّ الإيداعَ عقدٌ غيرُ لازمٍ، فكان لبقائه حكمُ الابتداء. وقال قاضي خان: لا يَضمنُ؛ إذ المودَعُ إنَّما ضمنَ بالدَّفع، وحين دفعَ كان غيرَ مضمونٍ عليه، فلا يَضمنُ عليه.

يقول الحقيرُ: هذا الدَّليلُ عليلٌ؛ إذ للبقاء حكمُ الابتداء، فلو دفعَ الوديعةَ إلى أجنبيٍّ ابتداءً ضَمنَ، فكذا إذا لم يستردَّها في كِلْتا المسألتين خصوصاً في مسألة الحريق، فإنَّ الثَّابتَ بالضَّرورة يتقدَّرُ بقَدْرها، فبعد زوال الحريق ارتفعتِ الضَّرورةُ، فلم يَستردَّها[1] من الأجنبيِّ، فكأنه أودَعَها إيَّاهُ ابتداءً، فالصَّوابُ أن يَضمنَ في كلتا المسألتين كما ذكره صاحبُ «المحيط»[2]. واللهُ تعالى أعلمُ.

وفي «عدَّة الفتاوى»: لا يَضمنُ بدفعها إلى جاره لضرورةٍ كحريقٍ. قال أبو جعفرٍ في «فتاويه»[3]: هذا لو لم يجدْ بُدّاً من الدَّفع إلى أجنبيٍّ، أمَّا لو أمكَنَه الدَّفعُ إلى مَنْ في عياله؛ ضَمِنَ بدفعها إلى أجنبيٍّ. قال الإمامُ خُواهر زادهْ: هذا لو أحاطَ الحريقُ بالمنزل، وإلا ضَمنَ بدفعها إلى أجنبيٍّ. اهـ[4]. وفي «العتابيَّة»: لا يُشترطُ هذا الشَّرطُ في الفتوى. «تاترخانيَّة» في الفصل الثَّاني من الوديعة[5].

---

(١) كذا في بولاق، والصواب ما في «نور العين»: (فلو لم يستردَّها).

(٢) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٢٩.

(٣) كذا في بولاق، والذي في «نور العين»: (مح)، وهو رمز شمس الأئمة الحلواني، ولعلَّ المرادَ: (فج)، وهو رمز «فوائد الفقيه أبي جعفر».

(٤) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١١٨.

(٥) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٨ عن «الغياثية».

إلا إذا أمكنَه دفعُها لمن في عياله، أو ألقَاها فوقعتْ في البحر ابتداءً، أو بالتَّدحرجِ ضَمِنَ. زيلعي. (فَإِنِ ادَّعَاهُ) أي: الدَّفعَ لجاره أو فلكٍ آخرَ؛ (صُدِّقَ إِنْ عُلِمَ وُقُوعُهُ) أي: الحرقِ (بِبَيِّنَةٍ) أي: بدار المودَعِ، (وَإِلَّا) يُعلمْ وقوعُ الحرق في داره؛ (لَا) يُصدَّقُ (إِلَّا بِبَيِّنَةٍ)

(قوله: إِلَّا إِذَا أَمْكَنَهُ... إلخ) أي: وقتَ الحرق والغرق.

(قوله: أَوْ أَلْقَاهَا) أي: أو ألقى الوديعةَ في السَّفينة، فوقعتْ في البحر؛ يَضمنُ؛ لأنَّها قد تَلفتْ بفعله وإن كان ذلك بالتَّدحرجِ؛ لأنَّه منسوبٌ إليه، فهو كفعله. والظَّاهرُ: أنَّ قيدَ "في السَّفينة" ساقطٌ من النُّساخ لوجودِه في الأصل. قال الزَّيلعيُّ: هذا إذا لم يُمكِنْه أن يدفَعَها إلى مَنْ هو في عياله، وإن أمكَنَه أن يحفَظَها في ذلك الوقت بعياله، فدَفعَها إلى الأجنبي؛ يضمنُ؛ لأنَّه لا ضرورةَ فيه، وكذا لو ألقاها في سفينةٍ أخرى وهلكتْ قبل أن تَستقرَّ فيها، بأن وقعتْ في البحر ابتداءً وبالتَّدحرجِ؛ يَضمنُ؛ لأنَّ الإتلافَ حصلَ بفعله. اهـ[1].

(قوله: صُدِّقَ) أي: بيمينه كما هو الظَّاهرُ. أبو السُّعود[2].

(قوله: أَيْ: بِدَارِ المُودَعِ) كأن هذا من قبيل الاحتباك، وأصلُها: أي: الحرق أو الغرق. وقولُه: (بدار المودع) راجعٌ إلى الحرق، وحُذفَ من الثَّاني: أو سفينته الرَّاجعُ إلى الغرق؛ لدلالة كلِّ مذكورٍ على ما حُذفَ بإزائه، وهذا على ما نحاه الشَّارحُ في شرحه، وأمَّا على ما بيَّنَّا من أصل عبارة الزَّيلعيِّ؛ فالأمرُ ظاهرٌ، وأمَّا جوهرُ المتن على أنَّه يُصدَّقُ إن علمَ دفعُه لها عند خوف الحرق أو الغرق بالبيِّنةِ، وهو الذي ذكره الشَّارحُ بعد قوله: (وإلا يعلم... إلخ)، وحاصلُه: أنَّ صاحبَ المتن ذكرَ أنَّه لا يُصدَّقُ مدَّعي الدَّفع للحرق أو الغرق إلا ببيِّنةٍ، والشَّارحُ صرفَ كلامَه وقال: إن عُلمَ ذلك بالبيِّنة على وقوعه في داره وفُلكِه أغنى

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٧.

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ٢٠٦.

فحصلَ بين كلامي «الخلاصة» و«الهداية» التَّوفيقُ. وبالله التَّوفيقُ.

عن البيِّنة عن الدَّفع للخوف على نفس الوديعة، وإن لم تَقُمِ البيِّنةُ على وقوع الحرق والغرق في داره وفُلكه؛ فلا بُدَّ من البيِّنة على الدَّفع لخوفِ ذلك على نفس الوديعة.

ثمَّ إنَّ الغرقَ كما يُخشى منه على نفس السَّفينة؛ قد يُخشى منه على نفس الدَّار إذا كانت البيوتُ متَّصلةً بطرف البحر أو النَّهر أو مجرى السَّيْل. ومثلُ خوف الحرق والغرق: لو خافَ فسادَها بخريرِ أسقُفِه من كثرة الأمطار، وعند وقوع النَّهْب في داره، ودَفعها إلى جارهِ عند توهُّمِ سلامتها عنده.

(قوله: فَحَصَلَ بَيْنَ كَلَامَيِ «الخُلَاصَةِ» وَ«الهِدَايَةِ» التَّوْفِيقُ، وَبِاللهِ التَّوْفِيقُ) وقد ذكرَه أيضاً صاحبُ «الذَّخيرة» عن «المنتقى». قال المصنِّفُ: فإن ادَّعاهُ ـ أي: ادَّعى المودَعُ التَّسليمَ إلى جاره أو إلى فُلكٍ آخرَ ـ صُدِّقَ إن علمَ وقوعُه ببيِّنةٍ، أي: بيِّنة المودع، وإلا لا، أي: وإن لم يُعلمْ لا يُصدَّقُ. وفي «الهداية» و«شرح الكنز» للزَّيلعيِّ: إنَّه لا يُصدَّقُ على ذلك إلا ببيِّنةٍ؛ لأنَّ تسليمَ الوديعة إلى غيره يوجبُ الضَّمانَ، ودعوى الضَّرورة دعوى مُسقطٍ، فلا تقبلُ إلا ببيِّنةٍ، كما إذا أتلفَها في الصَّرف في حاجته بإذن صاحبها[1].

وفي «الخلاصة»: إنَّه إذا عُلمَ أنَّه وقعَ الحريقُ في بيته قُبِلَ قولُه، وإلا فلا. ويمكن حملُ كلام «الهداية» على ما إذا لم يُعلمْ وقوعُ الحريق في بيته، وبه يحصلُ التَّوفيقُ. والذي أحوَجَه إلى ذلك حمل كلامِ صاحب «الهداية» والزَّيلعيِّ قولُهما: لا يصدَّقُ على ذلك، أي: على تسليم الوديعة، ولو حُمِلَ: "لا يُصدَّقُ" على ذلك ـ أي: على وقوع الحرق أو الغرق، بدليل قولهما: ودعوى الضَّرورة... إلخ، فإنَّ الضَّرورةَ إنَّما هي في الحرق والغرق، لا في التَّسليم ـ لاتَّحدتْ مع عبارة «الخلاصة». تأمَّلْ.

---

(١) «الهداية»: ٣/ ٢١٣، «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٧.

(وَلَوْ مَنَعَهُ الوَدِيعَةَ ظُلْماً بَعْدَ طَلَبِهِ) لردِّ وديعته، فلو لحملِها إليه لم يَضمنْ. ابنُ ملكٍ. (بِنَفْسِهِ) ولو حُكماً كوكيله، بخلاف رسوله ....

(قوله: فَلَوْ لِحَمْلِهَا إِلَيْهِ لَمْ يَضْمَنْ) لأنَّ مؤنةَ الردِّ على المالك. حموي(1). وإنَّما الضَّمانُ بمنع التَّخليةِ بينه وبين الوديعة بعد الطَّلب، أمَّا لو كلَّفَه حملَها وردَّها إليه، فامتنعَ عن ذلكَ؛ لم يضمنْ؛ لأنَّه لا يلزَمُه سوى التَّخلية، فلو كان طلبَ المودِعُ - بكسر الدال - بحملها إليه، فامتنعَ المودَعُ من ذلك؛ لم يَضمنْ. هكذا صريحُ عبارة ابن ملكٍ المنقول عنه. وأمَّا ما وقعَ في نسخة الشَّيخ أبي الطَّيب؛ فإنَّه تحريفٌ، والنُّسخةُ التي كتبَ عليها: فلو حَملَها إليه أي: لو حملَ المودَعُ الوديعةَ إلى ربِّها، يعني: لو طلبَ استردادَها من المودع، فحَملَها إليه؛ لم يَضمنْ؛ لأنَّ حملَها إليه يُخرجُه عن المنع. وفي القهستانيِّ: لو استردَّها فقال: لم أقدرْ أحضرُ هذه السَّاعةَ، فتركَها فهلكتْ؛ لم يَضمنْ؛ لأنَّه بالتَّرك صارَ مُودَعاً ابتداءً. اهـ(2). وعزاهُ إلى «المحيط»(3).

وفي «البحر»: إن تركها عن رضىً وذهبَ لا يَضمنُ، وإن كان من غير رضى يَضمنُ. كذا في «الخلاصة». ولو قال له بعد طلبه: "اطلُبْها"، ثمَّ ادَّعى ضياعَها، فإن قال: "ضاعتْ بعد الإقرار"؛ فلا ضمانَ، وإلا ضَمِنَ(4).

(قوله: وَلَوْ حُكْمَاً كَوَكِيلِهِ بِخِلَافِ رَسُولِهِ) سوَّى في «التَّجنيس» بين الوكيل والرَّسول،

---

(1) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ١٦٢.

(2) «جامع الرموز»: ص٤٥٣.

(3) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٤١.

(4) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٦.

وقال: إذا مَنعَها عنهما لا يَضمنُ. وفي «العماديَّة» ذكرَ الضَّمانَ في المنع من الرَّسول[١]، فالمسألةُ ذاتُ خلافٍ فيهما، واقتصارُ المصنِّف على ما ذكره يدلُّ على اعتماده، وقد نقلَه القهستانيُّ عن «المضمرات»[٢]. وفي «الخلاصة»: المالكُ إذا طلبَ الوديعةَ، فقال المودَعُ: "لا يُمكنُني أن أحضرَ السَّاعةَ"، فتركَها وذهبَ: إن تَركَها عن رضىً فهلكتْ لا يَضمنُ؛ لأنَّه لَمَّا ذهبَ فقد أنشأَ الوديعةَ، وإن كان عن غير رضىً؛ يَضمنُ. ولو كان الذي طلبَ الوديعةَ وكيلُ المالك؛ يَضمنُ؛ لأنَّه ليس إنشاءً للوديعة، بخلاف المالك. انتهى.

وهذا صريحٌ في أنَّه يضمنُ بعدم الدَّفع إلى وكيل المالك كما لا يخفى، وهو خلافُ ما تقدَّم في كتاب الوكالة في باب الوكالة بالخصومة، ونصُّه: (قال: "إنِّي وكيلٌ بقبض الوديعة"، فصدَّقَه المودَعُ؛ لم يُؤمرْ بالدَّفع إليه على المشهور... إلخ). وكتب سيدي الوالدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إنَّ مقابلَ المشهور ما عن أبي يوسفَ ومحمدٍ: أنَّه يؤمرُ بالدَّفع، فلعلَّ ما هنا على هذه الرِّواية[٣].

وفي «مجموعة مؤيَّد زاده»: ولو قال: "إنِّي وكيلٌ بقبض الوديعة"، فصدَّقَه المودَعُ؛ لم يُؤمرْ بتسليم الوديعة إليه؛ لأنَّه مأمورٌ بالحفظ فقط، ثمَّ قال: "قد جاءَ رسولُكَ فدفعْتُها إليه"، وكذَّبَه المالكُ؛ ضَمِنَها، ولا يرجعُ بما ضمنَ على الرَّسول إن صدَّقَه في كونه رسولَه، ولم يَشترطا عليه الرُّجوعَ. وإن كذَّبَه ودفعَ إليه، أو لم يُصدِّقْه ولم يُكذِّبْه؛ يرجعَ على الرَّسول، وكذلك إن صدَّقَه وشرطَ عليه الرُّجوعَ كما في «الوجيز». ثم قال: ولو دَفعَها إلى رسول المودِع، فأنكرَ المودِعُ الرِّسالةَ؛ ضَمنَ. اهـ.

---

(١) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٨/ب فيض الله.

(٢) «جامع الرموز»: ص٤٥٣.

(٣) «رد المحتار»: ١٤/ ٢١.

وفي «فصول العماديِّ» معزيّاً إلى «الظَّهيريَّة»: ورسولُ المودِعِ إذا طلبَ الوديعةَ، فقال: "لا أدفعُ إلا للَّذي جاءَ بها"، ولم يدفعْ إلى الرَّسول حتى هلكَ؛ ضَمنَ. وذكر في «فتاوى القاضي ظهير الدِّين» هذه المسألةَ، وأجاب عنها نجمُ الدين: أنَّه يضمنُ. وفيه نظرٌ بدليل أنَّ المودَعَ إذا صدَّقَ من ادَّعى أنَّه وكيلٌ بقبض الوديعة، فإنَّه قال في الوكالة: لا يُؤمرُ بدفع الوديعة إليه. ولكن لقائلٍ أن يُفرِّقَ بين الوكيل والرَّسول؛ لأنَّ الرَّسولَ يَنطقُ على لسان المرسل، ولا كذلك الوكيلُ، ألا ترى أنَّه لو عزلَ الوكيلُ قبل علم الوكيل بالعزل لا يصحُّ، ولو رجعَ عن الرِّسالة قبل علمِ الرَّسول صحَّ. كذا في «فتاواه»[1]. اهـ «منح»[2].

قال محشِّيها الرَّمليُّ في «حاشية البحر»: ظاهرُ ما في «الفصول»: أنَّه لا يَضمنُ في مسألة الوكيل كما هو منقولٌ عن «التَّجنيس»، فهو مخالفٌ «للخلاصة» كما هو ظاهرٌ، ويتراءى لي التَّوفيقُ بين القولين: بأن يُحملَ ما في «الخلاصة» على ما إذا قصدَ الوكيلُ إنشاءَ الوديعة عند المودَعِ بعد منعِه ليَدفعَ له في وقتٍ آخرَ، وما في «فتاوى القاضي ظهير الدِّين» و«التجنيس» على ما إذا منعَ ليُؤدِّيَ إلى المودِعِ بنفسه، ولذلك قال في جوابه: لا أدفعُ إلا للَّذي جاء بها. وفي «الخلاصة» ما هو صريحٌ في أنَّ الوكيلَ لو تَركَها وذهبَ عن رضىً بعد قول المودع: "لا يُمكِنُني أن أحضِرَها السَّاعةَ"، أي: وأدفَعُها لك في غيرِ هذه السَّاعة، فإذا فارَقَه فقد أنشأَ الإيداعَ، ليس له ذلكَ، بخلاف قوله: "لا أدفَعُها إلا للذي جاء بها"، فإنَّه استبقاءٌ للإيداع الأوَّل، لا إنشاءُ إيداعٍ. فتأمَّلْ. ولم أرَ من تعرَّضَ لهذا التَّوفيق. والله تعالى هو الموفِّقُ. انتهى[3].

---

(١) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٨/ب فيض الله.

(٢) «منح الغفار»: ق٥١٨/ب فيض الله.

(٣) «مظهر الحقائق»: ق٢٩٠/ب الأزهرية.

....

فالحاصلُ: إنَّه إذا مَنعَها عن الرَّسول لا يَضمنُ على ظاهر الرِّواية كما نقلَه عن «البحر» عن «الخلاصة»، وأمَّا إذا مَنعَها عن الوكيلِ ففيه اختلافٌ، ففي «الخلاصة» و«القاعديَّة» و«الوجيز» و«التَّاترخانيَّة» و«الحاوي الزَّاهديِّ» و«المضمرات»: أنَّه يضمنُ[1]، واختاره المصنِّفُ في «منحه»[2]، وتبعَه الشَّارحُ هنا وفي «شرحه على الملتقى»، فتعيَّنَ المصيرُ إلى ما عليه الأكثر، خصوصاً «والمضمرات شرح القدوريِّ» والشُّروحُ مُقدَّمةٌ، ففي مسألتنا منعَ المودعُ الوديعةَ من الوكيل ظلماً، ولم يقل له: "لم أدفَعْها إلا إلى الذي جاء بها" حتَّى يكون استبقاءً للإيداع الأوَّل؛ لأنَّ قولَ الشَّارح: (كوكيله) يقتضي المنعَ ظلماً. وبه يظهرُ أنَّ ما ذكره في «الفصول العماديَّة» من الفرق المتقدِّم بين الوكيل والرَّسول مبنيٌّ على خلاف ظاهر الرِّواية كما نبَّه عليه في «نور العين»[3].

ثم اعلم أنَّ كلامَ «التَّاترخانيَّة»[4] يُفيدُ تفصيلاً في مسألة الوكيل، وذلك أنَّ المودعَ إنَّما يضمنُ بالمنع عن الوكيل إذا كان توكيلُه ثابتاً بالمعاينة أو بالبيِّنة، أمَّا إذا كان بتصديق المودع؛ فإنَّه لا يَضمنُ، وكذا لو كذَّبَه بالأَوْلى. وانظر هل يَجري على هذا التَّفصيل في مسألة الرَّسول أيضاً؟ ومقتضى ما نذكرُه في المقولة الآتية عن «الخانيَّة» من قوله: فجاءَ رجلٌ وبيَّنَ تلك العَلَامةَ، فلم يُصدِّقْه المودَعُ حتَّى هلكت الوديعةُ لا ضمانَ: أنَّه لو صدَّقَه يَضمنُ، فيُخالفُ مسألةَ الوكيل. إلا أن يقال: إنَّ قولَه: "فلم يُصدِّقْه" ليس قيداً احترازيّاً،

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٤١.

(٢) «منح الغفار»: ق٥١٨/ب فيض الله.

(٣) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٢٧.

(٤) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٣٩- ٤١.

ولو بعَلَامةٍ منه ....

فلا مفهومَ له، وهذا إن حُملَ على أنَّه رسولٌ، وكذا إن حُملَ على أنَّه وكيلٌ يخالفُ ما ذكرنا من التَّفصيل. ثمَّ قال في «البحر»: وينبغي أن يكون محلُ هذا التَّفصيل - أي: في أصل المسألة فيما إذا تركَ عن رضىً وذهبَ لا يَضمنُ، وفيما إذا كان عن غير رضىً يَضمنُ - ما إذا كان المودَعُ يمكِنُه وكان كاذباً في قوله، أمَّا إذا كان صادقاً؛ فلا يَضمنُ مطلقاً لِمَا قلنا. انتهى[1]. قال سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللَّهُ: فيه نظرٌ؛ لِمَا في «التَّجنيس»: إنَّه لو طَلَبَها بوكيله أو رسوله، فحَبسَها؛ لا يَضمنُ. فتأمَّلْ. وانظرْ إلى ما ذكرَه بُعَيده من قوله: ولو بعَلَامةٍ منه يحتجُّ بأنه إنَّما مَنعَه ليُوصِلَها إلى الأصيل بنفسه لتكذيبه إيَّاه، وفرعُ «الخلاصة» فيه المنعُ للعجز عن التَّسليم، والتَّركُ والذَّهابُ عن رضىً إلى وقتٍ آخرَ، وفيه إنشاءُ إيداعٍ، بخلاف الأوَّل، حتَّى لو كذَّبَه في الفرع الذي تفَقَّه فيه مع ذلك والمسألةُ بحالها لا يَضمنُ. فتأمَّلْ[2].

(قوله: وَلَوْ بِعَلَامَةٍ مِنْهُ) لإمكان إتيان غير الرَّسول بهذه العَلَامة، إلا أن يُبرهنَ أنَّها له كما في «الخلاصة» وغيرها. قال في «الخانيَّة»: رجلٌ أودَعَ عند إنسانٍ وديعةً، وقال في السرِّ: "مَنْ أخبرك بعَلَامةِ كذا وكذا فادفعْ إليه الوديعةَ"، فجاء رجلٌ وبيَّنَ تلك العلامةَ، فلم يُصدِّقْه المودَعُ حتَّى هلكتِ الوديعةُ، قال أبو القاسم: لا ضمانَ على المودَعِ. اهـ.

وفي «حاشية جامع الفصولين» للخير الرَّمليِّ: وهل يصحُّ هذا التَّوكيلُ ولا يضمنُ المودَعُ بالدَّفع، أم لا يصحُّ لكون الوكيل مجهولاً ويضمنُ بالدَّفع؟ قال الزَّاهديُّ في «حاويه» رامزاً: فيه تفصيلٌ: لو كانا عند ذلك الاتِّفاق بمكانٍ لا يمكنُ لأحدٍ من النَّاس

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٦.

(٢) «منحة الخالق»: ٧/ ٢٧٦ (بهامش البحر الرائق).

على الظَّاهر. (قَادِراً عَلَى تَسْلِيمِهَا ضَمِنَ، وَإِلَّا) ....

استماعُ كلامهما؛ فالدَّفعُ لمن جاء إليه بتلك العَلَامة[١]، وأمَّا استماعُه ذلك من أجنبيٍّ[٢] فنادرٌ، وإن كان عند ذلكَ بمكانٍ فيه أحدٌ من النَّاس ممن يَفهمُ اتِّفاقَهما على ذلك، أو بمكانٍ يمكن فيه لأحدٍ استماعُ اتِّفاقهما إلى ذلك خُفيةً وهما لا يريانه؛ فالوكالةُ باطلةٌ، والدَّفعُ مُضمِّنٌ. اهـ. هذا ما نقله الرَّمليُّ[٣].

قلتُ: كثيراً ما يقعُ أنَّ المالكَ بعد اتِّفاقه مع المودَعِ على ذلك يبعثُ رجلاً بتلك العَلَامة، فيَسمعُه آخرُ، فيَسبقُ الأوَّلَ ويخبرُ الموَدَعَ بتلك العَلَامة. وقد يقال: إنَّ هذا لا يُنافي صحَّةَ التَّوكيل بعد وجود شرطه المتقدِّم عند اتِّفاق المالك مع المودع، والظَّاهرُ: أنَّ المالكَ إذا قال: "لم أذكرِ العَلَامةَ لهذا الرَّجل الذي جاءكَ وإنَّما ذكرْتُها لغيره" أن يكون القولُ له؛ لأنَّه منكرٌ، فيضمنُ الموَدَعُ. فتأمَّلْ واللهُ تعالى أعلمُ. أفاده سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللَّهُ[٤].

(قوله: عَلَى الظَّاهِرِ) أي: ظاهر المذهب، وهو راجعٌ إلى الوكيل والرَّسول. وقال الثَّاني: يَضمنُ كما في «الهنديَّة». وقد اختلفتِ الفتاوى في هذا، وقد علمتَ المعتمدَ.

(قوله: ضَمِنَ) إن ضاعتْ؛ لوجود التَّعدِّي بمنعه؛ لأنَّه صارَ غاصباً، وهذا لأنَّه لَمَّا طالَبَه لم يكن راضياً بإمساكه بعده، فيَضمَنُها بحبسه عنه. داماد[٥]. قال في «البحر»: ولو

(١) في «اللآلئ الدرية» زيادة: (بلا زيادةٍ ولا نقصانٍ صحيحٌ؛ لأنَّه عند ذلك كالتَّصريح بالوكالة لواحدٍ بعينه، وهو الجائي بتلك العلامة).

(٢) في الرملي: (الجني)، ولعله الأصوب.

(٣) «اللآلئ الدرية»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ١٠٧ (بهامش جامع الفصولين).

(٤) «العقود الدرية»: ٢/ ٧٨.

(٥) «مجمع الأنهر»: ٢/ ٣٤٠.

بأن كان عاجزاً، أو خافَ على نفسه أو مالِه بأن كان مدفونـاً معها. ابنُ ملكٍ. (لا) يَضمنُ

قال له بعد طلبه: اطلُبْها غداً، ثمَّ ادَّعى ضَياعَها، فإن قال: ضاعتْ بعد الإقرار لا ضمانَ، وإلا ضمنَ. انتهى[١]. قال سيدي الوالدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قولُه: "بعد الإقرار" أي: الإقرار ضِمْناً في قوله: "اطلُبْها غداً"، وقوله: "بعد الإقرار" ظرفٌ لـ"ضاعت" لا لـ"قال". وفي «جامع الفصولين»: طَلَبَها ربُّها، فقال: "اطلُبْها غداً"، فقال في الغد: تَلفتْ، فلو قال: "تلفتْ قبل قولي: اطلُبْها غداً"؛ ضَمِنَ، لا لو قال بعده؛ للتَّناقض في الأوَّل لا الثَّاني. قال ربُّها: "ادفَعْها إلى قِنِّي هذا"، فطَلَبها، فأبى أو قال: "غداً"؛ يَضمنُ. اهـ[٢]. أي: لأنَّه كأنَّه وكَّلَ قِنَّه بحضرة المودع، والوكيلُ لا يملكُ ابتداءَ الإيداع في قوله: "غداً". انتهى. والمسألةُ في «الخانيَّة» أيضاً[٣].

(قوله: بِأَنْ كَانَ عَاجِزاً) أي: عجزاً حسيّاً، كأن لا يستطيعُ الوصولَ إلى محلِّ الوديعة، أو معنويّاً، وهو ما أشار إليه بقوله: (أو خافَ على نفسه)، أي: من ظالمٍ أن يقتُلَه، أو دائنٍ أن يَحبسَه، وهو غير قادرٌ على الوفاء، أو كانتِ امرأةً وخافتْ من فاسقٍ، أو خافَ على ماله بأن كان مدفونـاً معهما، فإذا ظهرَ اغتصَبَه منه غاصبٌ، فامتنعَ عن التَّسليم لذلك؛ لا يَضمنُ؛ لأنَّه لم يكن ظالماً.

(قوله: أَوْ خَافَ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ مَالِهِ) في «المحيط»: لو طَلَبَها أيَّامَ الفتنة، فقال: "لم أقدرْ عليها هذه السَّاعةَ لبُعدِها أو لضيق الوقت"، فأغاروا على تلك النَّاحية، فقال: "أُغيرَ عليها"؛ لم يَضمنْ، والقولُ له. اهـ.

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٦.

(٢) «جامع الفصولين»: ٢/ ١٠٦.

(٣) «منحة الخالق»: ٧/ ٢٧٦ (بهامش البحر الرائق).

كطلب الظَّالم. (فَلَوْ كَانَتِ الوَدِيعَةُ سَيْفاً أَرَادَ صَاحِبُهُ أَنْ يَأْخُذَهُ لِيَضْرِبَ بِهِ رَجُلاً؛ فَلَهُ المَنْعُ مِنَ الدَّفْعِ) إلى أن يَعلمَ أنَّه تركَ الرَّأيَ الأوَّلَ، وأنَّه يَنتفعُ به على وجهٍ مباحٍ. «جواهر».

(قوله: كَطَلَبِ الظَّالِمِ) أي: وديعتَه ليَظلمَ بها، فإنَّه بمنعها لا يكون ظالماً، حتَّى لو ضاعتْ لا يكون ضامناً، كمنعِه منه وديعةَ عبده، فإنَّه به لا يكون ظالماً؛ لأنَّ المولى ليس له قبضُ وديعة عبده مأذوناً كان أو محجوراً ما لم يَحضُرْ ويظهرْ أنَّه من كسبه؛ لاحتمال أنَّه مالُ الغير، فإذا ظهرَ أنَّه للعبد بالبيِّنة فحينئذٍ يأخذُه. «خلاصة». ط[1]. وإنَّما كان المرادُ بالظَّالم هنا: المالكَ؛ لأنَّ الكلامَ في طلبه هو، فما بعده مُفرَّعٌ عليه، أعني: قولَه: (فلو كانت الوديعةُ سيفاً... إلخ)، يدلُّ عليه قولُ المصنِّف في «المنح»: لِمَا فيه من الإعانة على الظُّلم[2].

(قوله: فَلَوْ كَانَت) تفريعٌ على عدم الضَّمان بالمنع عند طلب الظَّالم، وحاصلُه: أنَّه لا يَضمنُ بطلب صاحب الوديعة حيث كان ظالماً، بأن كانت الوديعةُ سيفاً، فطَلَبَه ليَقتلَ به رجلاً مظلوماً بغير حقٍّ، ولو مُعاهَداً أو امرأةً أو صبيّاً، فلو مَنَعَه لا يضمنُ؛ لكون الطَّالب ظالماً، ومثلُ السَّيف: كلُّ مُؤذٍ فيما يظهرُ.

(قوله: لِيَضْرِبَ بِهِ رَجُلاً) أي: مظلوماً ولو مُعاهَداً أو امرأةً أو صبيّاً. ط[3].

(قوله: إِلَى أَنْ يَعْلَمَ... إلخ) فلو شكَّ فيما ذُكرَ؛ لا يُعدُّ بمنعه ظالماً، فلا يضمنُ بهلاكه. كذا يُفادُ من مفهومه. ط[4].

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٧.

(٢) «منح الغفار»: ق٥١٨/آ فيض الله.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٧.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٧.

(كَمَا لَوْ أَوْدَعَت) المرأةُ (كِتَاباً فِيهِ إِقْرَارٌ مِنْهَا لِلزَّوْجِ بِمَالٍ أَوْ بِقَبْضِ مَهْرِهَا مِنْهُ) فله منعُه منها؛ لئلَّا يذهبَ حقُّ الزَّوْج. «خانيَّة»[1]. (وَمِنْهُ) أي: من المنع ظُلماً (مَوْتُهُ) أي: موتُ المودَع (مُجَهِّلاً، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ) فتصيرُ ديناً في تركته، ......

(قوله: كَمَا لَوْ أَوْدَعَتْ) أتى بالكاف ليُفيدَ أنَّه مثالٌ غيرُ مخصِّصٍ، فمثلُه: كلُّ ما كان في معناه فيما يظهرُ. قال في «الأشباه»: لا يجوزُ للمودَع المنعُ بعد الطَّلب إلا في مسائلَ: لو كان سَيْفا ليضربَ به ظُلماً، ولو كان كتاباً فيه إقرارٌ بمال الغير أو قبضٌ. اهـ[2].

(قوله: أَيْ: مَوْتُ المُودَعِ) بفتح الدال (مُجَهِّلاً) أمَّا بتجهيل المالك؛ فلا ضمانَ، والقولُ للمودَع بيمينه بلا شُبهةٍ. قال الحانوتيُّ: وهل من ذلك الزَّائدُ في الرَّهن على قدر الدَّين؟ اهـ. أقول: الظَّاهرُ: أنَّه منه؛ لقولهم: ما تُضمنُ به الوديعةُ يُضمنُ به الرَّهنُ، فإذا ماتَ مجهِّلاً؛ يَضمنُ ما زادَ، وقد أفتيتُ به. رملي ملخَّصاً[3].

قال ط: من الوديعة الزَّائدُ من الرَّهن على مقدار الدَّين، فيضمنُ بالموت عن تجهيلٍ، وتكون الوديعةُ ونحوُها كدين الصحَّة، فيُحاصصُ ربُّها الغرماءَ؛ لأنَّ اليدَ المجهولةَ عند الموت تنقلبُ يدَ ملكٍ، ولأنَّه لَمَّا ماتَ ولم يُبيِّنْ؛ صارَ بالتَّجهيل مُستهلِكاً لها. اهـ[4]. قال في «مجمع الفتاوى»: المودَعُ أو المضاربُ أو المستعيرُ أو المستبضِعُ وكلّ مَن كان المالُ بيده أمانةً إذا ماتَ قبل البيان، ولا تُعرفُ الأمانةُ بعينها؛ فإنَّه يكون دَيناً عليه في تركته؛ لأنَّه صارَ مُستهلكاً الوديعةَ بالتَّجهيل. ومعنى موته مجهِّلاً: أن لا يُبيِّنَ حالَ الأمانة

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٤٢.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٦ عن «الخانية».

(٣) «نزهة النواظر»: ٤/ ٤٢٨ (ذيل غمز عيون البصائر).

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٨.

إلا إذا عَلمَ أنَّ وارثَه يعلَمُها، فلا ضمانَ، ولو قال الوارثُ: "أنا علِمْتُها"، وأنكرَ الطَّالبُ: إنْ

كما في «الأشباه»[١]. وقد سُئل الشيخُ عمرُ بنُ نجيمٍ عمَّا لو قال المريضُ: عندي ورقةٌ في الحانوت لفلانٍ ضمنها دراهمَ لا أعرفُ قدرَها، فماتَ ولم توجدْ. فأجاب: بأنَّه من التَّجهيل؛ لقوله في «البدائع»: هو أن يموتَ قبل البيان ولم يُعرِّفِ الأمانةَ بعينها. اهـ[٢].

قال الحمويُّ: وفيه تأمُّلٌ[٣]. قال سيدي الوالدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وليُنظرْ ما وجهُ التأمُّل[٤].

وفي «نور العين»: لو ماتَ المودَعُ مجهِّلاً ضمنَ، يعني: لو ماتَ ولم يُبيِّنْ حالَ الوديعة، أمَّا إذا عرفَها الوارثُ والمودَعُ يعلمُ أنَّه يعرفُ، فماتَ؛ لم يَضمنْ، فلو قال الوارثُ: "أنا علِمْتُها"، وأنكرَ الطَّالبُ: لو فسَّرَها بأن كانت كذا وكذا وقد هلكتْ؛ صُدِّقَ لكونها عنده.

وفي «الذَّخيرة»: قال ربُّها: ماتَ المودَعُ مجهِّلاً، وقالت ورثتُه: "كانتْ قائمةً يوم موتِ المودع ومعروفةً، ثمَّ هلكتْ بعد موته"؛ صُدِّقَ ربُّها، هو الصَّحيحُ؛ إذ الوديعةُ صارت ديناً في التَّركة في الظَّاهر، فلا يُصدَّقُ الورثةُ. ولو قال ورثتُه: "ردَّها في حياته" أو "تلفتْ في حياته"؛ لا يُصدَّقون بلا بيِّنةٍ لموته مجهِّلاً، فيقرَّرُ الضَّمانُ في التَّركة. ولو برهنوا أنَّ المودَعَ قال في حياته: "رَدَدْتُها"؛ يُقبلُ؛ إذ الثَّابتُ ببيِّنةٍ كالثَّابت بعيانٍ[٥]. اهـ[٦].

(قوله: إِلَّا إِذَا عَلِمَ) بالبناء للفاعل، وضميرُه للمودَعِ بالفتح الذي ماتَ مجهِّلاً. وإذا قال الوارثُ: "ردَّها في حياته" أو "تَلفتْ في حياته"؛ لم يُصدَّقْ بلا بيِّنةٍ. ولو برهَنَ أنَّ المودَعَ قال في حياته: "رددْتُها"؛ يُقبلُ. قال الحمويُّ في شرحه: وقيَّدَ في «الخلاصة»

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٤.

(٢) «بدائع الصنائع»: كتاب المضاربة: ٦/ ١١٥.

(٣) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ١٤٧.

(٤) «العقود الدرية»: ٢/ ٧٢.

(٥) «الذخيرة البرهانية»: ٨/ ١٤٦.

(٦) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٣٢ - ١٣٣.

....

ضمانَ المودع بموته مجهِّلاً بأن لا يعرِفَها الوارثُ، أمَّا إذا عَرفَها والمودَعُ يعلمُ أنَّه يعرفُ، فماتَ ولم يُبيِّنْ؛ لا يضمنُ. اهـ[1]. وذلك بأن سُئِلَ عنها فقال: "عند فلانٍ عِلمُها".

قال سيدي الوالدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «تنقيحه» في جوابِ سؤالٍ: والذي تحرَّرَ من كلامهم: أنَّ المودَعَ إن أوصى بالوديعة في مرضِ موته، ثمَّ ماتَ ولم توجدْ؛ فلا ضمانَ في تركته، وإن لم يُوصِ؛ فلا يخلو إمَّا أن يعرِفَها الورثةُ أو لا، فإن عرفوها وصدَّقَهم صاحِبُها على المعرفة ولم توجدْ؛ لا ضمانَ في التَّركة. وإن لم يعرفوها وقتَ موته؛ فلا يخلو إمَّا أن تكون موجودةً أو لا، فإن كانت موجودةً وثبتَ أنَّها وديعةٌ إمَّا ببيِّنةٍ أو إقرارِ الورثة؛ أخذَها صاحبُها، ولا يُتوهَّمُ أنَّه في هذه الحالة ماتَ مجهِّلاً، فصارتْ دَيناً، فيُشاركُ أصحابُ الدُّيون صاحبَها؛ لأنَّ هذا عند عدم وجودها، أمَّا عند قيامها؛ فلا شكَّ أنَّ صاحبَها أحقُّ بها. فإن لم توجدْ؛ فحينئذٍ هي دَينٌ في التَّركة، وصاحِبُها كسائر غرماء الصحَّة، وإن وُجدَ بعضُها وفُقدَ بعضُها، فإن كان ماتَ مجهِّلاً؛ أخذَ صاحبُها الموجودَ ورجعَ بالمفقود في التَّركة، وإلا أخذَ الموجودَ فقط. وإن ماتَ وصارتْ ديناً، فإن كانت من ذوات الأمثال؛ وجبَ مِثلُها وإلا فقيمتُها. فعليك بحفظ هذا التَّحرير. واللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ أعلمُ. نقل من «فتاوى التُّمرتاشيِّ».

وأجاب قارئُ «الهداية» عن سؤالٍ بقوله: إذا أقامَ المودعُ بيِّنةً على الإيداع وقد مات المودَعُ مجهِّلاً للوديعة، ولم يذكُرْها في وصيَّته ولا ذكرَ حالَها لورثته؛ فضمانُها في تركته، فإن أقامَ بيِّنةً على قيمتها؛ أُخذتْ من تركته، وإن لم تكن له بيِّنةٌ على قيمتها؛ فالقولُ فيها قولُ الورثة مع يمينهم، ولا يُقبلُ قولُ الورثة: "إنَّ مورِّثَهم ردَّها"؛ لأنَّه لَزِمَهم ضمانُها، فلا

(١) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٧٩/ ب شهيد علي باشا.

فسَّرَها وقال: "هي كذا وأنا علِمْتُها وهلكتْ"؛ صُدِّقَ ....

يَبرؤون بمجرَّد قولهم من غير بيِّنةٍ شرعيَّةٍ على أنَّ مورِّثَهم ردَّها. اهـ[1]. وقال في جوابٍ آخرَ: ادَّعوا أنَّ مورِّثَهم ادَّعى قبل موته أنَّه ردَّه إلى مالكه أو أنَّه تَلِفَ منه، وأقاموا بيِّنةً على أنَّه قال ذلك في حياته؛ تُقبلُ بيِّنتُهم، وكذلك إذا أقاموا بيِّنةً أنَّه حين موته كان المالُ المذكورُ قائمـًا، وأنَّ مورِّثَهم قال: "هذا المالُ لفلانٍ عندي وديعةٌ أو قرضٌ، أو قبضْتُه لفلانٍ بطريق الوكالة أو الرِّسالة لأدفعَه إليه فادفعوه إليه، ولكنَّه ضاعَ بعد ذلك من عندنا"؛ لا ضمانَ عليهم ولا في تركته. اهـ[2].

أقول: وفي قوله: أو قرض نظرٌ إن حُملَ على أنَّ الميتَ استقرضَه منه؛ لأنَّه دخلَ في ملكه وصارَ مُطالَبـًا ببدله، وإذا هلكَ يَهلكُ عليه بعد قبضه، إلا أن يُحملَ على أنَّ المالكَ كان استقرضَه ووضعَه عند الميت أمانةً. فليتأمَّلْ. هذا، وفي «حاشية الأشباه» للبيريِّ عن «منية المفتي» ما نصُّه: وارثُ المودَع بعد موته إذا قال: "ضاعتْ في يد مورِّثي"، فإن كان هذا في عياله حين كان مودَعـًا؛ يُصدَّقُ، وإن لم يكن في عياله لا[3]. اهـ[4].

(قوله: صُدِّقَ) يعني: لو ادَّعى الطَّالبُ التَّجهيلَ بأن قال: ماتَ المودَعُ مجهِّلاً، وادَّعى الوارثُ أنَّها كانت قائمةً يومَ ماتَ وكانت معروفةً، ثمَّ هلكتْ بعد موته؛ فالقولُ للطَّالب في الصَّحيح؛ إذ الوديعةُ صارتْ دَينـًا في التَّركة في الظَّاهر، فلا يُصدَّقُ الوارثُ كما في «جامع الفصولين» و«البزَّازيَّة»[5] كما علمتَ.

---

(١) «فتاوى قارئ الهداية»: ص٣٦.

(٢) «فتاوى قارئ الهداية»: ص٣٢.

(٣) «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٣٤٦.

(٤) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٧٢- ٧٣.

(٥) «جامع الفصولين»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ١٠٨ عن «الذخيرة»، «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣١٩.

وهذا ما لو كانت عندَه سواءٌ، إلا في مسألةٍ، وهي: أنَّ الوارثَ إذا دَلَّ السَّارقَ على الوديعة لا يَضمنُ، والمودَعُ إذا دَلَّ ضَمنَ. «خلاصة». إلا إذا مَنَعَه من الأخذ حالَ الأخذ، (كَمَا فِي سَائِرِ الأَمَانَاتِ) ....

(قوله: وَمَا لَوْ كَانَتْ عِنْدَهُ) أي: عند المورِّث، يعني: أنَّ الوارثَ كالمودَع، فيُقبلُ قولُه في الهلاك إذا فسَّرَها، فهو مِثلُه، إلا أنَّه خالَفَه في مسألةٍ، وهي قولُه الآتي: (إلا في مسألة وهي... إلخ).

(قوله: إِلَّا إِذَا مَنَعَهُ) أي: المودَعُ السَّارقَ، يعني: أنَّ المودعَ بعدما دَلَّ السَّارقَ على الوديعة، فجاء السَّارقُ ليأْخُذَها، فمَنعَه، فأخذَها السَّارقُ قهراً؛ لا يَضمنُ. قال في «الخلاصة»: المودَعُ إنَّما يضمنُ إذا دَلَّ السَّارقَ على الوديعة إذا لم يمنَعْه من الأخذ حالَ الأخذ، فإن مَنَعَه لم يَضمنْ. اهـ.

(قوله: إِلَّا إِذَا مَنَعَهُ) أي: المودِعُ السَّارقُ فأخذَ كرهـاً. «فصولين». وهو استثناءٌ من قوله: (والمودع إذا دلَّ ضمنَ).

(قوله: كَمَا فِي سَائِرِ الأَمَانَاتِ) ومنها: الرَّهنُ إذا ماتَ المرتهنُ مجهِّلاً؛ يَضمنُ قيمةَ الرَّهن في تركته كما في الأنقرويِّ، والمرادُ بالضَّمان أي: الزَّائد كما قدَّمْناه عن الرَّمليِّ. وكذا الوكيلُ إذا ماتَ مجهِّلاً كما يُؤخذُ مما هنا، وبه أفتى الحامديُّ بعد الخيريِّ[1]. وفي إجارة «البزَّازيَّة»: المستأجِرُ يَضمنُ إذا ماتَ مجهِّلاً ما قبضَه[2]. اهـ سائحاني. ومنها: المأمورُ بالدَّفع إذا ماتَ مجهِّلاً كما في «التَّنقيح» لسيدي الوالد رَحِمَهُ اللَّهُ[3]. وفيه: الأبُ إذا مات مجهِّلاً يَضمنُ، لكن صحَّحَ عدمُ ضمانه؛ إذ الأبُ ليس أدنى حالاً من الوصيِّ،

(١) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٧٣.

(٢) «الفتاوى البزازية»: كتاب الإجارات: ١/ ٤٧٩.

(٣) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٧٤.

فإنَّها تَنقلبُ مضمونةً بالموت عن تجهيلٍ كشريكٍ ومُفاوِضٍ، (إِلَّا فِي) عشرٍ على ما في «الأشباه»، ....

بل هو أوفى حالاً من الوصيِّ حيث لا يَضمنُ، إلا إذا كان الأبُ ممن يأكلُ مهورَ البنات كالفلَّاحين والأعراب، فالقولُ بتضمينه إذا مات مجهِّلاً ظاهرٌ؛ لأنَّه غاصبٌ من أوَّل الأمر؛ لأنَّه إنَّما قبضَ المهرَ لنفسه لا لبنته، فليكنِ التَّعويلُ على هذا التَّفصيل. ومثلُه: الجدُّ كما مرَّ. اهـ ملخَّصاً[1].

(قوله: فَإِنَّهَا تَنْقَلِبُ مَضْمُونَةً بِالمَوْتِ عَنْ تَجْهِيلٍ) ويكون أسوةَ الغرماء. «بيري على الأشباه»[2].

(قوله: وَمُفَاوِضٍ) عطفُ خاصٍّ، وكمرتهنٍ. أنقره وي. وتقدَّم عنه.

(قوله: إِلَّا فِي عَشْرٍ عَلَى مَا فِي «الأَشْبَاهِ») وعلى ما في «الشُّرنبلاليِّ على الوهبانيَّة» تسعةَ عشرَ كما تقفُ عليه، وفيه شِبهُ اعتراضٍ على المصنِّف حيث اقتصرَ في الاستثناء على ثلاثةٍ، والسَّبعةُ الباقيةُ ذكرها في «الأشباه»، صارتْ عشرةً. وعبارةُ «الأشباه»: الوصيُّ إذا مات مجهِّلاً؛ فلا ضمانَ عليه كما في «جامع الفصولين». والأبُ إذا مات مجهِّلاً مالَ ابنه، والوارثُ إذا ماتَ مجهِّلاً ما أُودِعَ عند مورِّثه، وإذا مات مجهِّلاً لِمَا ألقَتْه الرِّيحُ في بيته، أو لِمَا وَضعَه مالكُه في بيته بغير علمه، وإذا ماتَ الصَّبيُّ مجهِّلاً لِمَا أُودعَ عنده محجوراً. اهـ ملخَّصاً[3]. وقدَّمْنا قريباً ذكرَ الأب والجدِّ. فلا تنسَه. ومن السَّبعة الباقية: أحدُ المتفاوضين، ويأتي للشَّارح اعتمادُ الضَّمان. ونذكرُ تمامَه إن شاء اللهُ تعالى.

(١) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٧٤.

(٢) «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٣٤٢.

(٣) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٣- ٢٣٤.

منها: (نَاظِرٍ أُودِعَ غَلَّاتِ الوَقْفِ ثُمَّ مَاتَ مُجَهِّلاً) فلا يَضمنُ، قيَّدَ بالغلَّة؛.........

(قوله: نَاظِرٌ أُودِعَ غَلَّاتِ الوَقْفِ) عبارةُ «الدُّرَر»: قبضَ[1]، وهي أَوْلى. تأمَّلْ. والذي في «الأشباه»: النَّاظرُ إذا ماتَ مجهِّلاً غلَّاتِ الوقف[2]. ثمَّ كلامُ المصنِّف عامٌّ في غلَّات المسجد وغلَّات المستحقِّين.

أقول: هكذا أُطلقتِ المسألةُ في كثيرٍ من الكتب، ووقعَ فيها كلامٌ من وجهين: الأوَّلُ: أنَّ قاضيخانَ قيَّد ذلك بمتولِّي المسجد إذا أخذَ غلَّات المسجدِ وماتَ من غير بيانٍ، أمَّا إن كانت الغلَّةُ مُستحقَّةً لقومٍ بالشَّرط؛ فيَضمنُ مطلقاً، بدليل اتِّفاق كلمتهم فيما إذا كانت الدَّارُ وقفاً على أخوَيْن غابَ أحدُهما وقبضَ الحاضرُ غلَّتَها تسعَ سنينَ، ثمَّ ماتَ الحاضرُ وتركَ وصيّاً، ثمَّ حضرَ الغائبُ وطالَبَ الوصيَّ بنصيبه من الغلَّة، قال الفقيهُ أبو جعفرٍ: إذا كان الحاضرُ الذي قبضَ الغلَّةَ هو القيِّمُ على هذا الوقف؛ كان للغائب أن يرجعَ في تركة الميت بحصَّتِه من الغلَّة، وإن لم يكن هو القيِّمَ، إلا أنَّ الأخوين آجَرَا جميعاً؛ فكذلكَ، وإن آجَرَ الحاضرُ؛ كانت الغلَّةُ كلُّها له في الحكم، ولا يَطيبُ له. انتهى كلامُه. وهذا مُستفادٌ من قولهم: "غلَّةُ الوقف"، وما قبضَ في يد النَّاظر ليس غلَّةَ الوقف، بل هو مالُ المستحقِّين بالشَّرط. قال في «الأشباه» من القول في الملك: وغلَّةُ الوقف يملِكُها الموقوفُ عليه وإن لم يقبلْ. انتهى[3]. وينبغي أن يُلحقَ بغلَّةِ المسجد: ما إذا شُرطَ تركُ شيءٍ في يد النَّاظر للعمارة. والله أعلمُ. كذا حرَّرَه شيخُ مشايخنا منلا علي رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

الثَّاني: أنَّ الإمامَ الطَّرسوسيَّ في «أنفع الوسائل» ذكر بحثاً: أنَّه يَضمنُ إذا

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٥.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٣.

(٣) «الأشباه والنظائر»: ص٢٩٩.

لأنَّ النَّاظرَ لو ماتَ مجهِّلاً لمال البدل ضَمِنَه ....

طالَبَه المستحِقُّ ولم يدفعْ له، ثمَّ ماتَ بلا بيانٍ، أمَّا إذا لم يُطالبْ، فإنْ محموداً معروفاً بالأمانة لا يضمنُ، وإلا ضَمِنَ. وأقرَّه في «البحر» على تقييد ضمانه بالطَّلب، أي: فلا يَضمنُ بدونه، أما به؛ فيَضمنُ[1]، وهو ظاهرٌ. وبه أفتى الشَّيخ إسماعيلُ الحائك، لكن ذكر الشَّيخ صالح في «زواهر الجواهر»: أنَّه يَضمنُ وإن لم يُطالِبْه المستحِقُّ؛ لأنَّ لَمَّا مات مجهِّلاً فقد ظَلَمَ، وقيَّده بحثاً بما إذا لم يَمُتْ فجأةً، أمَّا إذا ماتَ على غفلةٍ لا يَضمنُ؛ لعدم تمكُّنِه من البيان، بخلافِ ما إذا ماتَ بمرضٍ ونحوه، وأقرَّه الشَّارحُ. وعدمُ تمكُّنِه من البيان لو مات فجأةً إنَّما يظهرُ لو ماتَ عَقِب قبضِه الغلَّةَ كما يأتي.

والحاصلُ: أنَّ المتولِّي إذا قبضَ غلَّةَ الوقف ثمَّ ماتَ مجهِّلاً، بأن لم توجدْ في تركته ولم يُعلمْ ما صَنَعَ بها؛ لا يَضمَنُها في تركته مطلقاً كما هو المستفادُ من أغلب عباراتهم، ولا كلامَ في ضمانه بعد طلب المستحِقِّ، ولا في عدم ضمانه لو كانت الغلَّةُ لمسجدٍ، وإنَّما الكلامُ فيما لو كانت غلَّةَ وقفٍ لها مُستحقُّون مالكونَ لها: هل يضمَنُها مطلقاً على ما يُفهمُ من تقييد قاضيخان، أو إذا كان غيرَ محمودٍ ولا معروفٍ بالأمانة كما بحثَه الطَّرسوسيُّ، أو إذا كان موتُه بعد مرضٍ لا فجأةً كما بحثَه في «الزواهر»؟ فليتأمَّلْ. وهذا كلُّه في غلَّةِ الوقف، أمَّا لو مات مُجهِّلاً لمال البدل، أي: لثمن الأرض المستبدلة أو لعين الوقف؛ فإنَّه يَضمنُ بموته مجهِّلاً بالأَوْلى كما قال الشَّارحُ عن المصنِّف.

وبه يُعلمُ أنَّ إطلاقَ المصنِّف والشَّارح في محلِّ التَّقييد. فتنبَّهْ.

(قوله: لِأَنَّ النَّاظِرَ لَوْ مَاتَ مُجَهِّلاً لِمَالِ البَدَلِ ضَمِنَهُ) أمَّا لو عُلمَ ضياعُه لا يَضمنُ.

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٥.

«أشباه». أي: لثمن الأرض المستبدلةِ.

قال في «البحر» عن «المحيط»: لو ضاعَ الثَّمنُ من المستبدل لا ضمانَ عليه. اهـ[1]. وهذا صريحٌ في جواز الاستبدال بالدَّراهم والدَّنانير، فلا يُشترطُ كونُ البدل عقاراً، وهو ينافي ما قدَّمَه في الوقف من اشتراطِ كون البدل عقاراً. أفاده أبو السعود في «حاشية الأشباه». ط[2].

أقول: لكن قدَّمَ الشَّارحُ في الوقف عن «الأشباه»: أنَّه لا يجوزُ استبدالُ العامر إلا في أربعٍ. قلتُ: لكن في «معروضات المفتي أبو السُّعود»: أنَّه في سنة ٩٥١ ورد الأمرُ الشَّريفُ بمنع استبدالِه، وأمرَ بأن يصيرَ بأمر السُّلطان تبعاً لترجيح صدر الشَّريعة. اهـ. فليُحفظْ. اهـ. ونقله سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللَّهُ في «تنقيحه»[3].

أقول: وعليه المعوَّلُ.

(قوله: «أَشْبَاه»[4]) قال محشِّيه الحمويُّ: البدلُ بالدال المهملة: ثمنُ أرض الوقف إذا باعَها بمسوِّغِ الاستبدال كما صرَّحَ به في «الخانيَّة». قيَّد بالتَّجهيل؛ إذ لو عُلمَ ضياعُه لا يضمنُ، قال في «الذَّخيرة»: إنَّ المالَ في يد المستبدل أمانةٌ لا يضمنُ بضياعه. اهـ. وإنَّما ضمنَ بالموت عن تجهيلٍ؛ لأنَّه الأصلُ في الأمانات إذا حصلَ الموتُ فيها عن تجهيلٍ. فافهمْ. ويُستفادُ من قولهم: "إذا ماتَ مجهِّلاً لمال البدل" يضمنُ جوابُ واقعة الفتوى، وهي أنَّ المولى إذا ماتَ مجهِّلاً لعين الوقف كما إذا كان الوقفُ دراهمَ أو دنانيرَ على القول بجوازه ـ وعليه عملُ الرُّوم ـ أن يكون ضامناً؛ لأنَّه إذا كان يَضمنُ بتجهيل مال البدل؛ فبتجهيلِ عين الوقف أَوْلى. ذكره المصنِّفُ في «منحه» مع زيادةِ إيضاحٍ[5].

(١) «البحر الرائق»: ٥/ ٢٤١ كتاب الوقف.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٨.

(٣) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: كتاب الوقف: ١/ ١١٥.

(٤) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٤.

(٥) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ١٤٦- ١٤٧، «منح الغفار»: ق٥١٨/ آ- ب فيض الله.

قلتُ: فلعينِ الوقف بالأَوْلى، كالدَّراهم الموقوفةِ على القول بجوازِه. قاله المصنِّفُ، وأقرَّه ابنُه في «الزَّواهر». وقيَّدَ موتَه بحثـًا بالفجأةِ، فلو بمرضٍ ونحوِه ضمنَ؛ لتمكُّنِه من بيانها، فكان مانعـًا لها ظلمـًا، فيَضمنُ، وردَّ ما بحثَه في «أنفع الوسائل». فتنبَّهْ.

(قوله: عَلَى القَوْلِ بِجَوَازِهِ) حيث جرتْ به العادةُ، وعليه عملُ أهل الرُّوم كما علمتَ.

(قوله: قَالَهُ المُصَنِّفُ) أي: في «منحه»[1].

(قوله: وَأَقَرَّهُ ابْنُهُ) الشَّيخُ صالح.

(قوله: وَقَيَّدَ) أي: صاحبُ «الزَّواهر».

(قوله: مَوْتَهُ بَحْثـًا بِالفَجْأَةِ) لعدم تمكُّنِه من النبيان، فلم يكن حابسـًا ظلمـًا. قلتُ: هذا مُسلَّمٌ لو مات فجأةً عقبَ القبض. تأمَّل. وهذا راجع إلى المتن في البحث في غلَّة المستحقِّين كما يفيدُه كلامُه الذي رَدَّ به على الطَّرسوسيِّ، لا إلى مال البدل وعينِ الوقف حيث قال: لكن يقول العبدُ الضَّعيفُ: ينبغي أن يقال: إذا ماتَ فجأةً على غفلةٍ لا يضمنُ؛ لعدم تمكُّنِه من بيانها، فلم يكن حابسـًا ظلمـًا، وإن ماتَ بمرضٍ ونحوه؛ فإنَّه يَضمنُ؛ لأنَّه تمكَّنَ من بيانها ولم يُبيِّنْ، وكان مانعـًا لها ظلمـًا، فيَضمنُ. اهـ. وكان الأَوْلى تقديمُ هذه المسألة هناكَ.

(قوله: وَرَدَّ مَا بَحَثَهُ فِي «أَنْفَعِ الوَسَائِلِ») كما سمعتَه قريبـًا، وما ذكره ابنُ المصنِّف من الردِّ. وحاصلُ ما ذكره بحثـًا تفصيلاً: إنْ حصلَ طلبُ المستحقِّين منه المالَ وأخَّرَ حتى مات مجهِّلاً يَضمنُ، وإن لم يحصلْ طلبٌ منهم وماتَ مجهِّلاً؛ ينبغي أن يقال أيضـًا:

---

(١) «منح الغفار»: ق٥١٧/ب فيض الله.

(وَ) منها: (قَاضٍ مَاتَ مُجَهِّلاً لِأَمْوَالِ اليَتَامَى) زادَ في «الأشباه»: عند من أودَعَها[1]،

إن كان محموداً بين النَّاس معروفاً بالدِّيانة والأمانة لا ضمانَ عليه، وإن لم يكن كذلك ومضى زمانٌ والمالُ في يده ولم يُفرِّقْه ولم يمنعْه من ذلك مانعٌ شرعيٌّ؛ يَضمنُ.

وما ذكره الشيخُ صالح ابنُ المصنِّف هو قولُه: أقول: هو لَمَّا مات مجهِّلاً فقد ظلمَ وقصَّرَ حيث لم يُبيِّنْ قبل موته، فكان حابساً لها ظلماً، فيضمنُ سواءٌ طُلِبَ منه أو لا، ولا دَخلَ لكونه محموداً أو غيرَ محمودٍ، ولو كان محموداً؛ لبيَّنَها قبل موته في مرضه وخلَّصَ نفسَه، فالحسنُ ما عليه المشايخُ الأعلامُ. ثمَّ ذكر بحثَه السَّابقَ. قال العلَّامةُ الرَّمليُّ: العملُ بإطلاقهم متعيِّنٌ، ولا نظرَ لِمَا قاله الطَّرسوسيُّ، وينبغي أن يقال ذلك فيما قال ابنُ المصنِّف في «زواهره». اهـ[2].

ثم إنَّ هذا من المؤلِّف خلطُ مقامٍ بمقامٍ، فإنَّه لا خلافَ في عدم ضمانه بموته مجهِّلاً غلَّات المسجد، وأمَّا إذا مات مُجهِّلاً استحقاقَ المستحقِّين؛ ففيه اختلافُ المشايخ، وما عليه مشايخُ المذهب أنَّه يضمنُ مطلقاً، خلافاً لتفصيل الطَّرسوسيِّ. والحاصلُ: أنَّ بحثَ الطَّرسوسيِّ وصاحب «الزَّواهر» في غلَّة المستحقِّين، ولا تنسَ ما قدَّمْناه قريباً من حاصل الكلام في هذه المسألة، والسَّلام.

(قوله: وَمِنْهَا: قَاضٍ مَاتَ مُجَهِّلاً لِأَمْوَالِ اليَتَامَى) قال المصنِّفُ في «شرح تحفة الأقران»: إذا خلطَ الأمينُ بعضَ أموال النَّاس ببعضٍ أو الأمانةَ بماله؛ فإنَّه ضامنٌ، إلا في مسائلَ لا يضمنُ الأمينُ بالخلط: القاضي إذا خلطَ مالَه بمال غيره أو مال رجلٍ آخرَ، والمتولِّي إذا خلطَ مالَ الوقف بمال نفسه، وقيل: يَضمنُ. اهـ. واعلم ما ذكره المصنِّفُ تبعَ

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٣.

(٢) «مظهر الحقائق»: كتاب الوقف: ق١٨٥/آ الأزهرية.

ولا بُدَّ منه؛ ....

فيه «الأشباهَ» من أنَّ القاضي إذا ماتَ مجهِّلاً أموالَ اليتامى لا يَضمنُ، لكنَّه مخالفٌ لِمَا في «جامع الفصولين» من السَّابع والعشرين: لو وضعَ قاضٍ مالَ اليتيم في بيته وماتَ مجهِّلاً ضَمنَ؛ لأنَّه مودَعٌ، ولو دَفعَه القاضي إلى قومٍ ثقةٍ ولا يَدري إلى من دَفَعَ؛ لم يَضمنْ؛ إذ المودَعُ غيرُه. اهـ[1]. تأمَّلْ. وفيه أيضاً: ولا يَضمنُ الوصيُّ بموته مجهِّلاً، ولو خَلطَه بمالِه ضَمِنَ، وضمنَ الأبُ بموته مجهِّلاً، ولو وضعَ القاضي مالَ اليتيم في بيته وماتَ مجهِّلاً ضَمنَ؛ لأنَّه مودَعٌ... إلخ[2].

أقول: لعلَّ وجهَ الضَّمان: كونُها لا تتخطَّى الورثَةَ، فالغُرمُ بالغُنم، ويظهرُ من هذا الوصيُّ إذا وضعَ مالَ اليتيم في بيته وماتَ مجهِّلاً يَضمنُ؛ لأنَّ وِلايتَه قد تكون مستمدَّةً من القاضي أو الأب، فضمانُه بالأَوْلى. وفي «الخيريَّة»: وفي الوصيِّ قولٌ بالضَّمان. ويأتي تمامُ الكلام على ذلك قريباً إن شاء اللهُ تعالى.

وأقول: وكذا الغاصبُ كما ذكره الكمالُ في فصل الشَّهادة على الإرث[3]، وكذا المستأجرُ كما في «البزَّازيَّة» مسائل موت أحد المتعاقدين أيضاً[4].

(قوله: وَلَا بُدَّ مِنْهُ) ويؤيِّدُه قولُ «جامع الفصولين»: ماتَ المودَعُ ولا تُدرى الوديعةُ بعينها؛ صارتْ دَيناً في ماله، وكذا كلُّ شيءٍ أصلُه أمانةٌ[5]. وتفصيلُ «الأشباه» وعبارةُ «الظَّهيريَّة» و«الفصولين».

(١) «جامع الفصولين»: ٢/ ٢١.

(٢) «جامع الفصولين»: الفصل السابع والعشرون: ٢/ ٢١.

(٣) «فتح القدير»: ٧/ ٤٥٩.

(٤) «الفتاوى البزازية»: ١/ ٤٧٩.

(٥) «جامع الفصولين»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ١٠٨ عن «المختصر».

لأنَّه لو وَضَعَها في بيته وماتَ مجهِّلاً ضمنَ؛ لأنَّه مودَعٌ، بخلافِ ما لو أودَعَ غيرَه؛ لأنَّ للقاضي ولايةَ إيداعِ مالِ اليتيم على المعتمد كما في «تنوير البصائر». فليُحفظْ. (وَ) منها: (سُلْطَانٌ أَوْدَعَ بَعْضَ الغَنِيمَةِ عِنْدَ غَازٍ ثُمَّ مَاتَ مُجَهِّلاً) ....

(قوله: لِأَنَّهُ لَوْ وَضَعَهَا فِي بَيْتِهِ وَمَاتَ مُجَهِّلاً ضَمِنَ) وقدَّمْنا وجهَه، وكذا إذا جُنَّ جنوناً لا يُرجى برؤه. كذا في «شرح البيريِّ» معزيّاً لـ«خزانة الأكمل»[1]. أبو السُّعود. لكن ذكرَ قاضيخان عن إبراهيم بن رُسْتم: لو ماتَ القاضي ولم يُبيِّنْ ما عنده من مال اليتيم؛ لا يَضمنُ. «شرنبلاليَّة»[2]. وفي «البزَّازيَّة»: إذا قبضَ مالَه ووضعَه في منزله ولا يَدري أين وضعَه وماتَ؛ يَضمنُ، إلا إذا قال للقاضي حال حياته: "ضاعَ" أو "أنفقتُه عليه"؛ لا يَضمنُ. اهـ[3]. فتأمَّلْ.

(قوله: وَمِنْهَا: سُلْطَانٌ أَوْدَعَ... إلخ) وذلك إنَّما يكون قبل القسمة. أقول: وكذا إذا مات مجهِّلاً أموالَ اليتيم عنده كما في «العماديَّة»[4]. قال ط: ومنها: الوصيُّ إذا ماتَ مجهِّلاً، فلا ضمانَ عليه كما في «جامع الفصولين». ومنها: الأبُ إذا ماتَ مجهِّلاً مالَ ابنه. ومنها: إذا ماتَ الوارثُ مجهِّلاً ما أُودعَ عند مورِّثه، وهذه لم يعزُها صاحبُ «الأشباه» لأحدٍ. ومنها: إذا ماتَ مجهِّلاً ما ألقَتْه الرِّيحُ في بيته، ومنها: إذا ماتَ مجهِّلاً لِمَا وضعَه مالكُه في بيته بغير علمه. كذا في «الأشباه»[5].

قال السيدُ الحمويُّ: والصَّوابُ: بغير أمره كما في «شرح الجامع»؛ إذ يَستحيلُ تجهيلُ

(١) «خزانة الأكمل»: ٣/ ٥٣، «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٣٤٣.

(٢) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٤٥ (بهامش درر الحكام).

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣١٩.

(٤) «فصول الأحكام»: الفصل السابع والعشرون: ص١٤١ (ت: العمري).

(٥) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٤.

وليس منها مسألةُ أحدِ المتفاوضين على المعتمد؛ ....

ما لا يعلمُه[1]. ومنها: إذا ماتَ الصبيُّ مجهِّلاً لِمَا أُودعَ عنده محجوراً؛ لأنَّه لم يلتزمِ الحفظَ، وهي الستَّةُ تمامُ العشرة. وكذلكَ إذا بلغَ ثمَّ ماتَ، إلا أن يَشهدوا أنَّها في يده بعد البلوغ لزوال المانع، وهو الصِّبا، والمعتوهُ كالصَّبيِّ في ذلك. وذكر البيريُّ: أنَّه إذا ماتَ الصَّبيُّ بعد البلوغ ولم يُدْرَ متى هلكتِ الوديعةُ ولم يُعلمْ كيف حالُها؛ لم يُوجبِ القاضي ضماناً في ماله بالعقد الموقوف حتَّى يُقيمَ المدَّعي بيِّنةً يَشهدون أنَّهم رأوها في يده بعد البلوغ[2]. اهـ[3].

(قوله: وَلَيْسَ مِنْهَا مَسْأَلَةُ أَحَدِ المُتَفَاوِضَيْنِ) ذكرَ محمدٌ في كتاب شركة «الأصل» مسألةً رابعةً، وهي أنَّ أحدَ المتفاوضين إذا ماتَ ولم يُبيِّنِ المالَ الذي كان في يده؛ لم يضمنْ نصيبَ شريكه كما في «المنبع» نقلاً عن «تهذيب الواقعات» للحسام الشَّهيد. وهكذا في «الولوالجيَّة». ولكن قال في «فتاوى قاضيخان»: وأمَّا أحدُ المتفاوضينِ إذا كان المالُ عنده ولم يُبيِّنْ حالَ المال الذي كان عنده فماتَ؛ ذكرَ بعضُ الفقهاء: أنَّه لا يَضمنُ، وأحالَه إلى شركة «الأصل»، وذلك غلطٌ، بل الصَّحيحُ: أنَّه يَضمنُ نصيبَ صاحبه. انتهى[4]. والعلَّامةُ الكمالُ ابنُ الهمام قال في كتاب الشِّركة: الأمينُ إذا ماتَ مجهِّلاً يضمنُ إلا في ثلاثٍ، وجعلَ عدمَ ضمان المفاوض منها[5]. ثمَّ صرَّحَ في كتاب الوقف: بأنَّ المستثنى ثلاثٌ، وسكتَ عن ضمان المفاوض، وأوردَ بدلَه غيرَه[6]. فليُوفَّقْ.

---

(١) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ١٤٦.

(٢) «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٣٤٤.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٨.

(٤) «الفتاوى الخانية»: كتاب الوقف: ٤/ ٢١٩.

(٥) «فتح القدير»: ٦/ ١٨٥.

(٦) «فتح القدير»: ٦/ ٢٤١.

....

أقول: مِن الله التَّوفيقُ، وغايتُه: الحملُ على اختلاف الرِّوايتين. ولكن يدفعُه تغليطُ قاضيخان عدمَ الضَّمان، ويصححُ ضمان نصيب صاحبه، ويدلُّ عليه ما نصُّه في «القنية»: مات أحدُ المتفاوضين ومالُ الشِّركة ديونٌ على النَّاس ولم يُبيِّنْ ذلك، بل ماتَ مُجهِّلاً؛ يَضمنُ، كما لو ماتَ مجهِّلاً للعين. انتهى.

فظهرَ أنَّ هذا هو المذهبُ، وأنَّ ما ذكره المحقِّقُ الكمالُ ضعيفٌ. قال المصنِّفُ تبعاً «للبحر»: وأمَّا أحدُ المتفاوضين إذا كان المالُ عنده ولم يُبيِّنْ حالَ المال الذي كان عنده، فماتَ؛ ذكرَ بعضُ الفقهاء: أنَّه لا يضمنُ[1]، وأحالَه إلى شركة «الأصل»، وذلك غلطٌ، بل الصَّحيحُ: أنَّه يضمنُ نصيبَ صاحبه. كذا في «الخانيَّة» من الوقف[2].

وبه يتَّضحُ أنَّ ما في «الفتح» وبعض الفتاوى ضعيفٌ، وأنَّ الشَّريكَ يكون ضامناً بالموت عن تجهيلِ عِناناً أو مفاوضةً، ومالُ المضاربة مثلُ مال الشِّركة إذا ماتَ المضاربُ مجهِّلاً لمال المضاربة أو للمشترى بمالها.

قال في «البزَّازيَّة» من النَّوع الخامس عشر في أنواع الدَّعاوى ما نصُّه: وفي دعوى مال الشِّركة بسبب الموت مجهِّلاً لا بُدَّ أن يُبيِّنَ أنَّه ماتَ مجهِّلاً لمال الشِّركة، وأمَّا المشترى بمالها لا، ومالُ الشِّركة[3] مضمونٌ بالمثل، والمشترى بمالها مضمونٌ بالقيمة. ومثلُه: مالُ المضاربة إذا مات المضاربُ مجهِّلاً لمال المضاربة أو للمشترى بمالها[4]، وهذا صريحٌ

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٥.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٢١٩.

(٣) في «البزازية»: (لمال الشركة أو للمشترى بمالها لأن مال الشركة).

(٤) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٩٩.

لِمَا نقلَه المصنِّف هنا وفي الشِّركة عن وقف «الخانيَّة»: أنَّ الصَّواب: أنَّه يَضمنُ نصيبَ شريكه بموته مجهِّلاً، وخلافُه غلطٌ.

قلتُ: وأقرَّه محشُّوها، فبقيَ المستثنى تسعةً. فليُحفظْ. وزادَ الشُّرنبلاليُّ في «شرحه للوهبانيَّة» على العشرةِ تسعةً: الجدَّ، ووصيَّه، ووصيَّ القاضي، ....

في الضَّمان، فإذا أقرَّ في مرضه أنَّه رَبِحَ ألفاً ثمَّ مات من غير بيانٍ؛ لا ضمانَ، إلا إذا أقرَّ بوصولها إليه كما في قاضيخان من كتاب المضاربة.

(قوله: **لِمَا نَقَلَهُ المُصَنِّفُ هُنَا وَفِي الشِّرْكَةِ**) ونقلَه صاحبُ «البحر» في الشِّركة.

(قوله: **أَنَّهُ يَضْمَنُ نَصِيبَ شَرِيكِهِ**) عِناناً أو مفاوضةً، ومالُ المضاربة مثلُ مال الشَّركة إذا ماتَ المضاربُ مجهِّلاً كما علمتَ.

(قوله: **وَأَقَرَّهُ مُحَشُّوهَا**) أي: أقرَّ الصَّوابَ محشُّوا «الأشباه».

(قوله: **فَبَقِيَ المُسْتَثْنَى تِسْعَةً**) أي: بخروج الشَّريك من العشرة، وهي الثَّلاثةُ المذكورةُ في المصنِّف، والستَّةُ المذكورةُ في «الأشباه».

(قوله: **وَزَادَ الشُّرُنْبُلَالِيُّ فِي «شَرْحِهِ لِلوَهْبَانِيَّةِ»**[1] **عَلَى العَشَرَةِ**) أي: بزيادة مسألة أحدِ المتفاوضين على ما تقدَّم.

(قوله: **الجَدَّ**) قلتُ: يُفهمُ من ذكر الأب، فإنَّ أحكامَه أحكامُه إلا فيما استُثنيَ، وهذه ليستْ منها. وقدَّمْنا ذكرَهما.

(قوله: **وَوَصِيَّهُ وَوَصِيَّ القَاضِي**) هما داخلانِ في الوصيِّ في كلام «الأشباه»، فلا وجهَ لزيادة ما ذُكرَ، إلا أن يقال: حملُه على وصيِّ الأب لبيان التَّفصيل للإيضاح. فتأمَّلْ.

---

(١) «تيسير المقاصد»: ص٤٧٣.

وستَّةً من المحجورين؛ لأنَّ الحجرَ يشملُ سبعةً، فإنَّه لصِغَرٍ، ورِقٍّ، وجنونٍ، وغفلةٍ، ودَينٍ، وسَفَهٍ، وعَتَهٍ، والمعتوهُ كصبيٍّ، ....

(قوله: وَسِتَّةً مِنَ المَحْجُورِينَ) أي: والسَّابعُ ـ وهو الصبيُّ المحجورُ عليه ـ مذكورٌ هنا. قلتُ: هي تُعلمُ من ذكر الصَّبيِّ. ط[1]. أي: لو أُودعَ عندهم وماتوا مجهِّلينَ؛ فلا ضمانَ عليهم. والستَّةُ من المحجورين، وهم ما عدا الصِّغَر، وإنَّما أسقطَه؛ لأنَّه مذكورٌ في «الأشباه»، ومرادُه الزِّيادةُ على ما في «الأشباه». فافهمْ.

(قوله: لِأَنَّ الحَجْرَ يَشْمَلُ سَبْعَةً) أي: وقد قدَّمْنا ما لو كان المودَعُ صبيّاً، وهي من الصُّور التي ذكرها في «الأشباه»، ولم يذكُرْها شارحُنا هنا.

(قوله: فَإِنَّهُ) أي: الحجرَ (لِصِغَرٍ) مسألةُ الصِّغَر من العشرة التي في «الأشباه»، إلا أن يقول: عدَّها هنا باعتبار قوله: (وإن بلغَ ثمَّ ماتَ لا يضمنُ). تأمَّلْ. أو يقال: إنَّ مرادَه: مجرَّدُ المحجورين سبعةً، وإنَّ مرادَه ستَّةٌ منهم ما عدا الصِّغَر؛ لأنَّه مذكورٌ في «الأشباه»، ولذلك قال: (وستَّة من المحجورين).

(قوله: وَرِقٍّ) قال في «الظهيريَّة»: لو أن عبداً محجوراً عليه أودَعَه رجلٌ مالاً، ثمَّ أعتقَه الوليُّ، ثمَّ ماتَ ولم يُبيِّن الوديعةَ؛ فالوديعةُ دَينٌ في ماله، سواءٌ شهدَ الشُّهودُ بقيام الوديعة بعد العتق أم لا، وإن ماتَ وهو عبدٌ؛ فلا شيءَ على مولاه، إلا أن تُعرفَ الوديعةُ، فتردُّ على صاحبها. اهـ.

(قوله: وَدَيْنٍ) بفتح الدال وسكون الياء.

(قوله: وَالمَعْتُوهُ كَصَبِيٍّ) قال في «تلخيص الجامع»: أودَعَ صبيّاً محجوراً يعقلُ ابنَ

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٩.

وإن بلغَ ثمَّ ماتَ لا يَضمنُ، إلا أن يَشهَدُوا أنَّها كانتْ في يده بعد بُلُوغه؛ لزوال المانع، وهو الصِّبا، فإن كان الصَّبيُّ والمعتوهُ مأذونـًا لهما ثمَّ ماتا قبل البلوغ والإفاقة؛ ضَمِنا. كذا في «شرح الجامع الوجيز» ....

اثنتي عشرة سنةً، وماتَ قبل بلوغه مُجهِّلاً؛ لا يجب الضَّمانُ. انتهى. ولعلَّه قصدَ بكاف التَّشبيه الإشارةَ إلى ما يأتي عن «الوجيز». تأمَّلْ. وعلَّلَ في «الوجيز شرح الجامع الكبير» عدمَ ضمانه: بأنَّه لم يَلتزمِ الحفظَ، ثمَّ قال: وإن بلغَ ثمَّ ماتَ؛ فكذلكَ، إلا أن يَشهدوا أنَّها في يده بعد البلوغ لزوال المانع، وهو الصِّبا، والمعتوهُ كالصَّبيِّ في ذلك، فإن كان مأذونـًا لهما في ذلك ثمَّ ماتا قبل البلوغ والإفاقة؛ ضَمِنا. اهـ. وبه تتَّضحُ عبارةُ الشَّارح.

(قوله: وَإِنْ بَلَغَ) أي: الصَّبيُّ، ومثلُه: إذا أفاقَ المعتوهُ كما يُؤخذُ مما سلفَ.

(قوله: مَأْذُونـًا لَهُمَا) أي: في التِّجارة كما في البيريِّ عن «خزانة الأكمل»[1]، أو في قبول الوديعة كما في «الوجيز»، فإنَّ عبارتَه ـ كما في الحمويِّ ـ: فإن كانا مأذونـًا لهما في ذلكَ، ثمَّ ماتا قبل البلوغ والإفاقة؛ ضَمِنا. اهـ[2]. ونصَّ في «الهنديَّة» على ضمانه في الصُّورتين إجماعـًا. ط[3].

(قوله: ثُمَّ مَاتَا قَبْلَ البُلُوغِ وَالإِفَاقَةِ ضَمِنَا) هذا نشرٌ على سبيل اللفِّ، وهذه ثمرةُ تشبيه الشَّارح المعتوهَ بالصَّبيِّ دون غيره، لا أنَّ ثمرتَه جعلُ السَّبعة ستةً بتداخُلِ العتهِ في الصِّغَر؛ لأنَّ الصَّبيَّ المحجورَ عليه من عشرةِ «الأشباه».

(قوله: شَرْحِ الجَامِعِ) أي: الكبير، وقولِه: (الوَجِيزِ) بدلٌ من (شرح)، فإنَّ اسمَه: الوجيز.

(١) «خزانة الأكمل»: ٣/ ٤٦، «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٣٤٤.

(٢) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ١٤٦.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٧٩.

قال: فبلغَ تسعةَ عشرَ، ونظمَ عاطفاً على بيتي «الوهبانيَّة» بيتين، وهي:

وَكُلُّ أَمِينٍ مَاتَ وَالعَيْنَ يَحْصُرُ ... وَمَا وُجِدَتْ عَيْناً فَدَيْناً تَصِيرُ

سِوَى مُتَوَلِّي الوَقْفِ ثُمَّ مُفَاوِضٌ ... وَمُودِعُ مَالَ الغُنْمِ وَهْوَ المُؤَمَّرُ

(قوله: قَالَ) أي: الشُّرنبلاليُّ[1] (فَبَلَغَ) أي: المستثنى.

(قوله: تِسْعَةَ عَشَرَ) أي: بناءً على عدِّ المفاوض منها، وهو غلطٌ كما تقدَّم نقلُه عن قاضي خان.

(قوله: وَنَظَمَ... إلخ) أي: نظمَ التِّسعةَ وبقيَّةَ عشرةِ «الأشباه».

(قوله: وَهِيَ) أي: الأبياتُ الأربعةُ الأوَّلان لابن وهبانَ.

(قوله: وَالعَيْنَ) مفعولٌ مقدَّمٌ لـ(يحصر)، والجملةُ حالٌ، أي: كلُّ أمينٍ ماتَ والحالُ أنَّه يحوزُ العينَ، وما وجدتْ تلك العينُ بعينها، فتصيرُ دَيناً، فضميرُ (وجدت) و(تصير) راجعان إلى العين، وكلمةُ (ما) نافيةٌ، وضميرُ (يحصر) للأمين، ومعناهُ: يحفظُ.

(قوله: وَمَا وُجِدَتْ) أي: العينُ الأمانةُ (عَيْناً) أي: معيَّنةً مشخَّصةً.

(قوله: تُصَيَّرُ) بالبناء للمجهول.

(قوله: ثُمَّ مُفَاوِضٌ) هذا على خلاف المعتمد كما قدَّمْناه.

(قوله: وَمُودِعُ) بكسر الدال اسمُ فاعلٍ من: أودَعَ، أي: سوى مودِعِ مال اليتيم، يعني: إذا خرجَ السُّلطانُ إلى الغزو وغنموا، فأودعَ بعضَ الغنيمة عند الغانمين وماتَ ولم يُبيِّنْ عند من أودَعَ؛ لا ضمانَ عليه. قاله أبو الطَّيب.

(قوله: وَهْوَ المُؤَمَّرُ) أي: الذي جُعلَ أميراً على الجيش، فإنَّ ذلك له قبل القسمة، فالمؤمَّرُ بصيغة اسم المفعول.

---

(١) «تيسير المقاصد»: ص٤٧٣.

وَصَاحِبِ دَارٍ أَلْقَتِ الرِّيحُ مِثْلَ مَا ... لَوْ أَلْقَاهُ مُلَّاكٌ بِهَا لَيْسَ يَشْعُرُ

كَذَا وَالِدٌ جَدٌّ وَقَاضٍ وَصِيُّهُمْ ... جَمِيعًا وَمَحْجُورٌ فَوَارِثُ يُسْطَرُ[1]

(**قوله: أَلْقَتِ الرِّيحُ**) أي: في تلك الدَّار شيئاً.

(**قوله: لَوَ الْقَاهُ**) بدرج الهمزة.

(**قوله: مُلَّاكٌ**) جمعُ مالكٍ. (**قوله: بِهَا**) أي: بالدَّار.

(**قوله: لَيْسَ يَشْعُرُ**) تبعَ فيه صاحبَ «الأشباه» حيث قال: لغير علمه[2]، واعترضَه الحمويُّ: بأنَّ الصَّوابَ: بغير أمره كما في «شرح الجامع»؛ إذ يَستحيلُ تجهيلُ ما لا يعلمُه. اهـ[3]. وقدَّمْناه قريباً، فكان عليه أن يقول في النظم: ليس يأمرُ.

(**قوله: جَمِيعًا**) يعني: أنَّ وصيَّ الأب والجدِّ والقاضي لا يَضمنُ، وليس المرادُ: أنَّ الجميعَ أوصَوْا إليه. وقد مرَّ الكلامُ على ذلك، ويأتي قريباً إن شاء اللهُ تعالى.

(**قوله: وَمَحْجُورٌ**) بأنواعه السَّبعة، فإن كان المرادُ من المحجور ستَّةً كما قدَّمَه؛ يكون الموجودُ في النَّظم سبعةَ عشرَ. تأمَّل.

(**قوله: فَوَارِثُ**) بغير تنوينٍ، أي: إذا ماتَ مجهِّلاً لِمَا أخبرَه المورِّثُ به من الوديعة.

(**قوله: يُسْطَرُ**) خبرٌ لمبتدأٍ محذوفٍ، أي: وهذا يُسطرُ لحفظه، و(يُسطَرُ) مخفَّفٌ. قال ابنُ الشِّحنة: وفي البيتين[4] قاعدةٌ استُثنِيَ منها مسائلُ، فالقاعدةُ قال في «البدائع»: لو ماتَ المضاربُ ولم يوجدْ مالُ المضاربة؛ فإنَّه يعودُ دَيناً فيما خلَّفَ المضاربُ، وكذا المودَعُ

(١) «قيد الشرائد»: البيت: ٥٧٥- ٥٧٦: ص١٥١. والبيتان الأخيران لابن الشحنة.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٤.

(٣) «غمز عيون البصائر»: ١٤٦/٣.

(٤) في بولاق: (التبيين)، والتصويب من «شرح الوهبانية».

(وَكَذَا لَوْ خَلَطَهَا المُودَعُ) بجنسها أو لغيره (بِمَالِهِ) أو مالٍ آخرَ. ابنُ كمالٍ[1] ....

والمستعيرُ وكلُّ مَن كان المالُ في يده أمانةً إذا ماتَ قبل البيان ولا تُعرفُ الأمانةُ بعينها، فإنَّه يكون عليه دَيناً في تركته؛ لأنَّه صارَ بالتَّجهيل مُستهلِكاً للوديعة، ولا تُصدَّقُ ورثتُه على الهلاك والتَّسليم إلى رب المال. ولو عيَّنَ الميتُ المالَ في حال الحياة أو عُلِمَ ذلك؛ تكون تلك الأمانةُ في يد وصيِّه أو يد وارثه كما كانتْ في يده، ويُصدَّقون على الهلاك والدَّفعِ إلى صاحبه كما يُصدَّقُ الميتُ في حال حياته[2].

والمسائلُ الثَّلاثةُ المستثناةُ ذكرها بعد القاعدة في «التَّتمَّة» ناقلاً عن «واقعات النَّاطفيِّ»: الأماناتُ تنقلبُ مضمونةً بالموت إذا لم يُبيِّنْ إلا في ثلاثِ مسائلَ: إحداها: متولِّي الأوقاف إذا ماتَ ولم يعرِّفْ حالَ غلَّتِها الذي أخذَ ولم يُبيِّنْ؛ لا ضمانَ عليه. الثَّانيةُ: إذا خرجَ السُّلطانُ إلى الغزو وغنموا، فأودعَ بعضَ الغنيمة عند بعضِ الغانمين، وماتَ ولم يُبيِّنْ عند من أودَعَ؛ لا ضمانَ عليه. الثَّالثةُ: أنَّ أحدَ[3] المتفاوضين إذا ماتَ وفي يده مالُ الشِّركة. اهـ[4]. وقد عُلِمَ ذلك مما قدَّمْناه قريباً.

(قوله: وَكَذَا لَوْ خَلَطَهَا المُودَعُ) خلطُ مجاورةٍ كقمحٍ بقمحٍ، أو ممازجةٍ كمائعٍ بمائعٍ. اعلم أنَّ الخلطَ على أربعةِ أوجهٍ: خلطٌ بطريق المجاورة مع تيسُّر التَّمييز، كخلط الدَّراهم البِيض بالسُّود والدَّراهمِ بالدَّنانير والجَوْز باللَّوْز، وإنَّه لا يقطعُ حقَّ المالك بالإجماع، ولو هلكَ قبل التَّمييز؛ هلكَ أمانةً كما لو هلك قبل الخلط. وخلطٌ بطريق المجاورة مع تعسُّر

(١) «الإيضاح»: ٢/ ٢٩١.

(٢) «بدائع الصنائع»: كتاب المضاربة: ٦/ ١١٥.

(٣) في هامش بولاق: (قوله: أن أحد... إلخ، لعل الظاهر إسقاطُ لفظ أن، أو زيادة: لا ضمان عليه بعد قوله: مال الشركة. فليحرر. اهـ مصححه).

(٤) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٤٤- ٤٥.

التَّمييز، كخلط الحِنْطة بالشَّعير، وذلك يقطعُ حقَّ المالك ويوجبُ الضَّمانَ في الصَّحيح. وقيل: لا يَنقطعُ حقُّ المالك عن المخلوط بالإجماع هنا، ويكون له الخيارُ. وقيل: القياسُ أن يكون المخلوطُ مِلكـًا للخالط عند أبي حنيفةَ، وفي الاستحسانِ: لا يَصيرُ. وخلطُ الجنس بخلافهِ ممازجةً، كخلط الخلِّ بالشِّيرج وهو دهنُ السِّمسم والخلِّ بالزَّيْت وكلِّ مائعٍ بغير جنسه، وإنَّه يُوجبُ انقطاعَ حقِّ المالك إلى الضَّمان بالإجماع. وخلطُ الجنس بالجنس ممازجةً، كخلط دُهْن اللَّوز بدهن اللَّوْز أو دهنِ الجوز بدُهْن الجوز أو اللَّبَن باللَّبَن، أو خلطُ الجنس بالجنس مجاورةً، كخلطِ الحنطة بالحنطةِ أو الشَّعير بالشَّعير أو الدَّراهم البيضِ بالدَّراهم البيض أو السُّود بالسُّود، فعند أبي حنيفةَ: هو استهلاكٌ مطلقـًا لا سبيلَ لصاحبه إلا تضمينَ المودَع مثلَه أو قيمتَه، وصارَ المخلوطُ ملكـًا للخالط، ولا يُباحُ له قبل أداء الضَّمان، ولا سبيلَ للمالك عليها عند أبي حنيفةَ، ولو أبرأَه سقطَ حقُّه من العين والدَّين. وعندهما: لا يَنقطعُ ملكُ المالك عن المخلوط، بل له الخيارُ: إن شاءَ ضمَّنَ الخالطَ مثلَه، وإن شاءَ شارَكَه في المخلوط بقَدْر دراهمه؛ لأنَّه يمكِنُه الوصولُ إلى عين حقِّه صورةً، وأمكنَه معنىً بالقسمة، فكان استهلاكـًا من وجهٍ، فيميلُ إلى أيِّهما شاءَ؛ لأنَّ القسمةَ فيما لا تتفاوتُ آحادُه إفرازٌ وتعيينٌ، حتَّى ملكَ كلُّ واحدٍ من الشَّريكين أن يأخذَ حصَّتَه عينـًا من غير قضاءٍ ولا رضىً، فكان إمكانُ الوصول إلى عين حقِّه قائمـًا معنىً، فيُخيَّرُ. وله: إنَّه استهلاكٌ من كلِّ وجهٍ؛ لأنَّه فعلٌ يتعذَّرُ معه الوصولُ إلى عين حقِّه، ولا يكون الاستهلاكُ من العباد أكثرَ من ذلك؛ لأنَّ إعدامَ المحلِّ لا يدخلُ تحت قدرتهم،

....

فيَصيرُ ضامناً. زيلعي ومسكين[1]. وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّه جعلَ الأقلَّ تابعاً للأكثر. وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُشاركُه بكلِّ حالٍ، وكذلك أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في كلِّ مائعٍ خَلطَه بجنسه يَعتبرُ الأكثرَ، وأبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقول بانقطاع حقِّ المالك في الكلِّ، ومحمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ بالتَّشريك في الكلِّ. «هنديَّة»[2].

ولو خلطَ المتولِّي مالَه بمال الوقف؛ لم يضمنْ. وفي «الخلاصة»: ضَمنَ، وطريقُ خروجه من الضَّمان: الصَّرفُ في حاجة المسجد أو الرَّفعُ إلى الحاكم. «منتقى».

القاضي لو خلطَ مالَ صبيٍّ بماله لم يَضمنْ، وكذا سِمسارٌ خلطَ مالَ رجلٍ بمالِ آخرَ، ولو بماله ضَمِنَ، وينبغي أن يكون المتولِّي كذلك، ولا يضمنُ الوصيُّ بموته مجهِّلاً، ولو خلطَ بماله ضَمِنَ. يقول الحقيرُ: وقد مرَّ نقلاً عن «المنتقى» أيضاً: أنَّ الوصيَّ لو خلطَ مالَه بمال اليتيم لم يَضمنْ. وفي «الوجيز» أيضاً: قال أبو يوسفَ: إذا خلطَ الوصيُّ مالَ اليتيم بماله فضاعَ؛ لا يَضمنُ. «نور العين» من أواخر السَّادس والعشرين[3]. وبخطِّ السَّائحاني عن «الخيريَّة»: وفي الوصيِّ قولٌ بالضَّمان. اهـ.

قلتُ: فأفادَ أنَّ المرجَّحَ عدمُه. والحاصلُ: أنَّ مَن لا يضمنُ بالخلط بماله: المتولِّي، والقاضي، والسِّمسارُ بمالِ رجلٍ آخرَ، والوصيُّ، وينبغي أنَّ الأبَ كذلك، يؤيِّدُه ما في «جامع الفصولين»: لا يَصيرُ الأبُ غاصباً بأخذ مال ولده، وله أخذُه بلا شيءٍ لو محتاجاً،

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٧- ٧٨، «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٣٣- ٢٣٤.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٩ عن «الكافي».

(٣) «نور العين»: ٢/ ٢٣٤.

وإلا فلو أخذَه لحفظه فلا يَضمنُ، إلا إذا أتلَفَه بلا حاجةٍ. اهـ[1]. بل هو أَوْلى من الوصيِّ. تأمَّلْ. والمرادُ بقوله: ولده: الولدُ الصَّغيرُ كما قيَّده في «الفصول العماديَّة»[2].

وفي «الهنديَّة»: ولو خُلطتِ الفضَّةُ بعد الإذابة صارَ من المائعات؛ لأنَّه مائعٌ حقيقةً عند الخلط، فيكون على الخلاف المذكور. كذا في «التَّبيين»[3]. وفي «الفتاوى العتَّابيَّة»: ولو كان عنده حنطةٌ وشعيرٌ لواحدٍ، فخَلطَهما؛ ضَمِنَهما. كذا في «التَّاترخانيَّة»[4]. وإن كان الذي خلطَ الوديعةَ أحداً ممَّن هو في عياله كزوجته وابنه؛ فلا ضمانَ عليه والضَّمانُ على الخالط. وقال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا سبيلَ للمودِعِ والمودَعِ على العين إذا خَلطَها الغيرُ، ويضمِّنان الخالطَ. وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ رحمهما الله تعالى: إن شاءا ضمَّنا الخالطَ، وإن شاءا أخذا العينَ وكانا شريكَيْن، سواءٌ كان الخالطُ كبيراً أو صغيراً. كذا في «السراج الوهاج». حرّاً كان أو عبداً. كذا في «الذَّخيرة». وقد قالوا: إنَّه لا يسعُ الخالطَ أكلُ هذه الدَّنانير حتَّى يُؤدِّيَ مثلَها إلى أربابها. وإن غابَ الذي خَلطَها بحيث لا يقدرُ عليه، فإن تَراضَيا على أن يأخُذَها أحدُهما وقد دفعَ قيمةَ مال الآخر؛ جازَ، وإن أَبيا ذلك أو أبى أحدُهما وقالا: نبيعُ ذلك، فباعاها؛ ضربَ كلُّ واحدٍ منهما في الثَّمن بحصَّته، فإن كان المخلوطُ حنطةً وشعيراً؛ ضربَ صاحبُ الحنطة بقيمتها حنطةً مخلوطةً، وضربَ صاحبُ الشَّعير بقيمةِ شعيره غيرَ مخلوطٍ. كذا في «السِّراج الوهَّاج». اهـ[5].

---

(١) «جامع الفصولين»: الفصل السابع والعشرون: ٢/ ١٤ عن «شرح الحيل».

(٢) «فصول الأحكام»: الفصل السابع والعشرون: ص١٠٠ (ت: العمري) عن كتاب الإقرار من «شرح شمس الأئمة السرخسي».

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٨.

(٤) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٥٦.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٩.

(بِغَيْرِ إِذْنِ) المالكِ (بِحَيْثُ لَا تَتَمَيَّزُ) إلا بكُلفةٍ كحنطةٍ بشعيرٍ، ودراهمَ جيادٍ بزُيوفٍ. «مجتبى»[1]. (ضَمِنَهَا) لاستهلاكه بالخلط، لكن لا يُباحُ تناوُلُها قبل أداء الضَّمان، وصحَّ الإبراءُ، ولو خَلَطَ برديءٍ ضَمِنَه؛ لأنَّه عيَّبَه، وبعكسه شريكٌ.........

(قوله: بِحَيْثُ لَا تَتَمَيَّزُ) أي: أصلاً، كخلط الشيرج مع الزَّيت، أو مع التَّعسُّر، كما مثَّل به الشَّارحُ بقوله: (إلا بكُلفةٍ كحنطةٍ)، واستُفيدَ منه: أنَّ المرادَ بعدم التَّمييز: عدمُه على وجه التَّيسير، لا عدمُ إمكانه مطلقاً كما في «البحر»[2].

(قوله: ضَمِنَهَا لِاسْتِهْلَاكِهِ بِالخَلْطِ) وإذا ضَمِنَها مَلَكَها، ولا تباحُ له قبل أداء الضَّمان، ولا سبيلَ للمالك عليها عند أبي حنيفةَ كما قدَّمْناه.

(قوله: وَصَحَّ الإِبْرَاءُ) فلو أبرأَه؛ سقطَ حقُّه من العين والدَّين كما قدَّمْنا.

(قوله: وَلَوْ خَلَطَهُ) أي: الجيِّدَ.

(قوله: ضَمِنَهُ) أي: الجيدَ، أي: ضمنَ مثلَ الجيِّد.

(قوله: وَبِعَكْسِهِ) أي: لو خلطَ رديءَ الوديعة بجيِّدها.

(قوله: شَرِيكٌ) نقل نحوَه المصنِّفُ عن «المجتبى»، ونصُّ عبارته: لو خلطَ الوديعةَ بماله حتَّى لا تتميَّزَ؛ يضمَنُها به، ولا سبيلَ للمودع عليها عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ. وعندهما: يَشركُه، إلى أن ذكرَ: ولو صبَّ الرَّديءَ على الجيِّد يضمنُ مثلَ الجيِّد؛ لأنَّه تعيَّبَ، وفي عكسه كان شريكاً؛ لأنَّ الرَّديءَ لا يتعيَّبُ بالجيِّد. اهـ[3]. فقد عرَّفَه على قولهما القائلين بأنَّ الخلطَ سببُ الشِّركة، ثمَّ استثنى منها ما إذا خلطَ الرَّديءَ بالجيد، وهو صحيحٌ كما

(١) «المجتبى»: ٣/ ٤٩٤.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٦.

(٣) «المجتبى»: ٣/ ٤٩٤.

لعدمه. «مجتبى». (وَإِنْ بِإِذْنِهِ؛ اشْتَرَكَا) شِركةَ أملاكٍ، (كَمَا لَوِ اخْتَلَطَتْ بِغَيْرِ صُنْعِهِ) كأن انشَّ الكيسُ؛ لعدم التَّعدِّي، ولو خَلطَها غيرُ المودَعِ؛ ضمنَ الخالطُ ولو صغيراً، ولا يَضمنُ أبوهُ. «خلاصة».

علمتَ مما قدَّمْناه. وأمَّا ما ذكره هنا مع اقتصاره على قول الإمام؛ فإنَّه لا معنى له؛ لأنَّه إذا خَلطَه؛ مَلكَه ووجبَ ضمانُه، ولو أبرأه عنه طابَ سواءٌ خلطَه بالجيِّد أو بالرَّديء أو بالمماثِل، إلا أنَّ هذا في غير الوديعة، أو قولٌ مقابلٌ لِمَا سبق من أنَّ الخلطَ في الوديعة يوجبُ الضَّمانَ مطلقاً إذا كان لا يتميَّزُ. تأمَّل وتدبَّرْ.

(قوله: لِعَدَمِهِ) أي: عدم التَّعدِّي، وهو علَّةٌ لمحذوفٍ، أي: ولا يضمنُ. قال في «المنح»: فإن هلكَ بعضُها هلكَ من مالهما جميعاً، ويُقسمُ الباقي بينهما على قَدْر ما كان لكلٍّ واحدٍ منهما كالمال المشترك. اهـ(١).

(قوله: كَأَنِ انْشَقَّ الكِيسُ) في صُندوقه، فاختلطَ بدراهِمِه، اشتركا ـ أي: المودِعُ والمودَعُ ـ في المخلوط، حتَّى لو هلكَ بعضُها هلكَ من مالَيْهما دراهمَ، ويقسمُ الباقي بينهما على قَدْر ما كان لكلٍّ منهما. أبو السعود(٢).

(قوله: وَلَوْ خَلَطَهَا غَيْرُ المُودَعِ) أي: سواءٌ كان أجنبيّاً أو مَنْ في عياله كما علمتَ.

(قوله: ضَمِنَ الخَالِطُ) عند الإمام. وقالا: إن شاءَ ضمَّنَها الخالطَ، وإن شاءَ أخذَ العينَ وكانا شريكين كما قدَّمْناه عن «الهنديَّة».

(قوله: وَلَوْ صَغِيراً) لأنَّه من التَّعدِّي على أموال النَّاس، كما لو كسرَ زُجاجاتِ الغير، فإنَّ الضَّمانَ عليه.

---

(١) «منح الغفار»: ق٥١٩/آ فيض الله.

(٢) «فتح المعين»: ٣/٢٠٦.

(وَلَوْ أَنْفَقَ بَعْضَهَا، فَرَدَّ مِثْلَهُ، فَخَلَطَهُ بِالبَاقِي) خلطاً لا يتميَّزُ معه (ضَمِنَ) الكلَّ؛ لخلطِ ماله بها، فلو تأتَّى التَّمييزُ، أو أنفقَ ولم يرُدَّ، أو أودِعَ وديعتينِ فأنفقَ إحداهما؛ ضمنَ ما أنفقَ فقط. «مجتبى»[1]. وهذا إذا لم يضُرَّه التَّبعيضُ، ....

(قوله: فَرَدَّ مِثْلَهُ) قال ابنُ سماعةَ عن محمدٍ في رجلٍ أودَعَ رجلاً ألفَ درهمٍ، فاشترى بها ودَفعَها، ثمَّ استردَّها بهبةٍ أو شراءٍ وردَّها إلى موضعها، فضاعتْ؛ لم يَضمنْ. وروي عن محمدٍ: أو قضاها غريمَه بأمر صاحب الوديعة، فوَجدَها زُيوفاً، فردَّها على المودع، فهلكتْ؛ ضَمِنَ. «تاترخانيَّة»[2].

(قوله: خَلْطاً لا يَتَمَيَّزُ) أي: الباقي مع الخلط.

(قوله: لِخَلْطِ مَالِهِ بِهَا) قال في «البحر»: ضمنَ الكلَّ: البعضَ بالإنفاق والبعضَ بالخلط؛ لأنَّه متعدٍّ بالإنفاق منها، وما ردَّه باقٍ على ملكه. اهـ[3].

(قوله: فَلَوْ تَأَتَّى التَّمْيِيزُ) كخلطِ الدَّراهم السُّود بالبيض أو الدَّراهم بالدَّنانير، فإنَّه لا يقطعُ حقَّ المالك بالإجماع كما قدَّمْناه.

(قوله: أَوْ أَنْفَقَ وَلَمْ يَرُدَّ) فهلكَ الباقي لا يَضمنُ؛ لأنَّه حافظٌ للباقي.

(قوله: وَهَـذَا إِذَا لَـمْ يَضُرَّهُ التَّبْعِيضُ) مرتبطٌ بقوله: (أو أنفقَ ولم يـردَّ) كما في «البحر»[4]. وفيه: وقيَّد بقوله: (فردَّ مثلها)؛ لأنَّه لو لم يَردَّ؛ كان ضامناً لِمَا أنفقَ خاصَّةً؛

---

(١) «المجتبى»: ٣/ ٤٩٤.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٤٤ عن «المنتقى».

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٦.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٧.

(وَإِذَا تَعَدَّى عَلَيْهَا) فلبسَ ثوبَها، أو ركبَ دابَّتَها، أو أخذَ بعضَها، (ثُمَّ) ردَّ عَينَه إلى يده حتَّى (زَالَ التَّعَدِّي؛ زَالَ) ما يُؤدِّي إلى (الضِّمَان) ....

لأنَّه حافظٌ للباقي، ولم يتعيَّبْ؛ لأنَّه مما لا يضرُّه التَّبعيضُ؛ لأنَّ الكلامَ فيما إذا كانت الوديعةُ دراهمَ أو دنانيرَ أو أشياء من المكيل والموزون. اهـ[1].

قال الطَّحاويُّ: ولم أرَ فيما إذا فعلَ ذلك فيما يضرُّه التَّبعيضُ: هل يضمنُ الجميعَ أو ما أخذَ ونقصانَ ما بقيَ؟ فيحرَّرُ. اهـ.

أقول: وتحريرُه ما قاله العلَّامة أبو الطَّيب: فَرْدَتا ظفارٍ إذا باعَ أحدَهما، فعيب تعيّب الثَّاني أو باع بعضَ الفردة، فيضمنُ الكلَّ. اهـ.

(قوله: وَإِذَا تَعَدَّى) أي: المودَعُ (عَلَيْهَا) أمَّا إذا هلكتْ من غير تعدٍّ؛ فلا ضمانَ، وشرطُ الضَّمان باطلٌ كشرط عدمه في الرَّهن. «أبو السُّعود في حاشية الأشباه».

(قوله: أَوْ رَكِبَ دَابَّتَهَا) أو استخدمَ عبدَها، أو أودَعَها غيرَه.

(قوله: حَتَّى زَالَ التَّعَدِّي) بأن ردَّ الثَّوبَ إلى مكانه، والدَّابَّةَ إلى مربِطِها، وأخذَ البعضَ بردِّه إلى يده، وتركَ استخدامَ العبد، واستردَّ الوديعةَ من الغير.

(قوله: زَالَ مَا يُؤَدِّي إِلَى الضَّمَانِ) وهو التَّعدِّي، ولا حاجةَ إلى هذه الزِّيادة؛ لأنَّها أدَّتْ إلى ركاكة عبارة المصنِّف؛ لأنَّه يصيرُ المعنى: ثمَّ زال التَّعدِّي زالَ التَّعدِّي؛ لأنَّ ما يُؤدِّي إلى الضَّمان هو التَّعدِّي، فلو أسقطَه؛ لكان أحسنَ كما وقع في العينيِّ و«الدُّرَر» حيث قالا: وإن زالَ التَّعدِّي زالَ الضَّمانُ، بمعنى: أنَّ الوديعةَ إذا ضاعتْ بعد العَوْد إلى يده لم

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٧.

إذا لم يكن من نيَّتِه العودُ إليه ....

يَضمنْ، خلافاً للشَّافعيِّ[1]. قال العينيُّ: لأنَّ الضَّمانَ وجبَ دفعاً للضَّرَر الواقع، وقد ارتفعَ بالعود إلى الوفاق، فلا يَضمنُ[2]. وهذا مُقيَّدٌ بما لم ينقِصْها الاستعمالُ، فإن نَقصَها ضمنَ -أي: النُّقصانَ- لصيرورته حابساً لجزءٍ منها على وجه التَّعدِّي. كذا في «شرح تنوير الأذهان». وإنَّما زالَ الضَّمانُ؛ لأنَّه مأمورٌ بالحفظ في كلِّ الأوقات، فإذا خالَفَ في البعض ثمَّ رجعَ؛ أتى بالمأمور به، كما إذا استأجَرَه للحفظ شهراً، فتركَ الحفظَ في بعضه ثمَّ حفظَ في الباقي؛ استحقَّ الأجرةَ بقدره. اهـ «منح»[3].

(قوله: إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ نِيَّتِهِ العَوْدُ إِلَيْهِ) فلو لَبِسَ ثوبَ الوديعة ونزعَه ليلاً، ومن عزمِه أن يلبَسَه نهاراً، ثمَّ سُرِقَ ليلاً؛ لا يبرأُ عن الضَّمان. «بحر» من الجنايات معزيّاً «للظَّهيريَّة»[4].

ولم يذكر المصنِّفُ حكمَ دعواه العودَ: هل يُكتفى بمجرَّد دعواه العودَ وإن لم يُصدِّقْه صاحبُ الوديعة؟ وهو مذكورٌ في «العمادية»، وعبارَتُها: ولو أقرَّ المودَعُ أنَّه استعمَلَها ثمَّ ردَّها إلى مكانها فهلكتْ؛ لا يُصدَّقُ إلا ببيِّنةٍ، فالحاصلُ: إنَّ المودَعَ إذا خالَفَ في الوديعة ثمَّ عاد إلى الوِفاق؛ إنَّما يبرأُ عن الضَّمان إذا صدَّقَه المالكُ في العود، فإن كذَّبَه لا يبرأُ، إلا أن يُقيمَ البيِّنَةَ على العود إلى الوفاق[5]. ورأيتُ في موضعٍ آخرَ: المودَعُ إذا خالَفَ ثمَّ عاد إلى الوفاق، فكذَّبَه المودِعُ؛ فالقولُ قولُ المودَع كما في الرَّهن، بخلاف

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٦.

(٢) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨٠.

(٣) «منح الغفار»: ق٥١٩/ آ فيض الله.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٧ في كتاب الوديعة عن جنايات الإحرام في «الظهيرية».

(٥) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٥/ ب فيض الله.

«أشباه» من شروط النيَّة ....

ما إذا جحدَ الوديعةَ أو مَنعَها، ثمَّ اعترفَ؛ فإنَّه لا يبرأُ إلا بالردِّ على المالك[1] كما في «الحواشي الحمويَّة»[2].

(قوله: «أَشْبَاه») عبارَتُها: قالوا في المودَع إذا لبسَ ثوبَ الوديعة ثمَّ نزعَه ومن نيَّتِه أن يعودَ إلى لبسه: لم يبرأ من الضَّمان. اهـ[3]. قال البيريُّ: هذا عجيبٌ من المؤلِّف حيث قال: "قالوا" المشعرُ بأنَّ ذلك قولُ علمائنا كافَّةً، مع علمه بأنَّ ذلك قولٌ لصاحب «الظَّهيريَّة» وتخريجُه، وقد نقله عنه فيما يأتي، ونصُّه: عندي المودَعُ إذا لبسَ قميصَ الوديعة بغير إذن المودع، فنزعَه باللَّيل للنَّوم، فسُرقَ القميصُ في الليل، فإن كان من قصده أن يلبسَ القميصَ من الغد؛ لا يُعدُّ هذا تركَ الخلاف حتَّى لا يَضمنُ. اهـ. وبه انتهى كلامُ البيريِّ[4].

أقول: ويمكن أنَّه أتى بلفظ "قالوا" للتَّبرِّي، يؤيِّدُ ذلك قولُ صاحب «البحر» عقب ذكره عبارةَ «الخلاصة» قوله: فراجعه[5]. لكن قال في «الذَّخيرة»: لو وضعَ طبقَ وديعةٍ على رأس الجُبِّ، فوقعَ فيه: إن وضعَ على وجه الاستعمال ضَمنَ، وإلا فلا. اهـ[6]. وفي «جامع الفصولين»: وضعَ طبقَ الوديعة على رأس الخابية؛ ضَمنَ لو فيها شيءٌ يحتاجُ إلى التَّغطية كماءٍ ودقيقٍ ونحوه؛ لأنَّه استعمالٌ صيانةً لِمَا فيها، لا لو لم يكن فيها شيءٌ. ولو وضعَ ثوباً على عجينٍ ضمنَ للاستعمال. وضعَ الطشتَ على رأس التَّنُّور؛ ضمنَ لو

(١) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٥/ ب فيض الله.

(٢) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ١٥٠.

(٣) «الأشباه والنظائر»: القاعدة الأولى: لا ثواب إلا بالنية: ص٢٢.

(٤) «عمدة ذوي البصائر»: القاعدة الأولى: لا ثواب إلا بالنية: ١/ ٧٨.

(٥) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٧، والنقلُ فيه عن «الظهيرية» لا «الخلاصة» كالعبارة المنقولة قبل أسطر.

(٦) «الذخيرة البرهانية»: ٨/ ١٢٨- ١٢٩.

(بِخِلَافِ الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ) ....

قصدَ التَّغطيةَ، وإلا لا؛ لأنَّه مُستعملٌ في الأوَّل لا في الثَّاني. اهـ[1]. وأنت خبيرٌ بأنَّ ما في «الذَّخيرة» أعمُّ. فتأمَّل.

مطلبٌ: رجلٌ تناوَلَ مالَ إنسانٍ بلا أمره في حياته، ثمَّ ردَّه لورثته بعد موته

فرعٌ: رجلٌ تناوَلَ مالَ إنسانٍ في حال حياته، ثمَّ ردَّه إلى ورثته بعد موته؛ يَبرأُ عن الدَّين، ويبقى حقُّ الميت في مظلمته إيَّاه، ولا يُرجى له الخروجُ عنها إلا بالتَّوبة والاستغفار للميِّت والدُّعاءِ له. اهـ «نور العين» عن «الخانيَّة»[2].

(قوله: بِخِلَافِ الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ) يعني: إذا تعدَّى في المستعار والمستأجَر، بأن استعارَ ثوباً ليلبَسَه فلبِسَهُ يومين ونزعَه للتَّسليم، أو استأجرَ الدَّابَّةَ ليركَبَها أيَّاماً معدودةً، أو ليحملَ عليها أمناءً معلومةً، فركِبَها أو حملَها أكثرَ منها، ثمَّ ردَّها كما كانتْ؛ لم يبرأْ، خلافاً لزُفَر رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيهما؛ لأنَّ البراءةَ منه إنَّما تكون بإعادة يد المالك حقيقةً أو حكماً، ولم يوجدْ ذلك؛ لأنَّ قبضَهما لأنفسهما، بخلاف المودَعِ، فإنَّ يدَه يدُ المالك حكماً؛ لأنَّه عاملٌ له في الحفظ. زيلعي[3]. وقيل: إذا استأجَرَ الدَّابَّةَ ذاهباً وجائياً يُبرأُ، وإن ذاهباً فقط لا يَبرأُ؛ لأنَّ العقدَ قد انتهى بالوصول إلى ذلك المكان، وبالعود إليه لا يعودُ العقدُ بينهما. شلبي[4]. قال في «جامع الفصولين»: مستأجِرُ الدَّابَّة والمستعيرُ لو نوى أن لا يُردَّها ثمَّ ندمَ: لو كان سائراً عند النيَّة؛ ضَمنَ لو هلكتْ بعد النيَّة، أمَّا لو كان واقفاً إذا تركَ نيَّةَ

(١) «جامع الفصولين»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ١٠٤ عن «الفتاوى».

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٣٨، «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٣٤.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٩.

(٤) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٩.

فلو أزالاهُ لم يبرآ؛ لعملِهما لأنفسهما، بخلاف مودَعٍ، ووكيلِ بيعٍ، ....

الخلاف؛ عادَ أميناً. اهـ[1]. واعلم أنَّ ما مشى عليه المصنِّفُ تبعاً «للكنز»[2] هو المفتى به كما في «الشُّرنبلاليَّة»[3]، احترازاً عمَّا ذكره في «الدُّرَر» مِن أنَّ منهم مَن قال: المستعيرُ والمستأجرُ إذا خالفوا ثمَّ عادوا إلى الوفاق؛ بَرئوا عن الضَّمان إذا كانت مدَّةُ الإيداع والإعارة باقيةً... إلخ[4].

(قوله: فَلَوْ أَزَالَاهُ) أي: التَّعدِّيَ.

(قوله: لِعَمَلِهِمَا لِأَنْفُسِهِمَا) وعلَّله البيريُّ: بأنَّهما مأمورانِ بالحفظ تبعاً للاستعمال، أي: المأذون فيه لا مقصوداً، فإذا انقطعَ الاستعمالُ المذكورُ لم يبقَ الحفظُ ثابتاً، فلا يبرآن بالعود[5]. اهـ ط[6]. وفي «جامع الفصولين»: ولو مأموراً بحفظِ شهرٍ، فمضى شهرٌ، ثمَّ استعمَلَها، ثمَّ تركَ الاستعمالَ وعادَ إلى الحفظ؛ ضَمنَ إذا عاد، والأمرُ بالحفظ قد زالَ. اهـ[7].

(قوله: بِخِلَافِ مُودَعٍ) لا حاجةَ إليه؛ لأنَّه أصلُ المسألة المقصودة بالذِّكْر، ولكن إنَّما ذَكَرَه ليظهرَ عدُّها ويتَّضحَ الاستثناءُ في قوله: (إلا في هذه العشرة). ط[8].

(قوله: وَوَكِيلِ بَيْعٍ) بأن استعمل ما وُكِّلَ ببيعه، ثمَّ تركَ وضاعَ؛ لا يَضمنُ.

---

(١) «جامع الفصولين»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ١٠٣.

(٢) «كنز الدقائق»: ص٥٣٢.

(٣) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٤٦ (بهامش درر الحكام).

(٤) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٦.

(٥) «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٣٤٧.

(٦) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٠.

(٧) «جامع الفصولين»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ١٠٣.

(٨) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٠.

أو حفظٍ، أو إجارةٍ، أو استئجارٍ، ومضارِبٍ، ومستبضع، وشريكِ عِنانٍ، أو مُفاوضةٍ، ومُستعيرٍ لرهنٍ. «أشباه»(١).

(قوله: أَوْ حِفْظٍ) تقدَّم صورتُه قريباً.

(قوله: أَوْ إِجَارَةٍ) بأن وكَّله ليُؤجرَ له دابَّته، فركِبَها ثمَّ تركَ.

(قوله: أَوِ اسْتِئْجَارٍ) بأن دفعَ له دراهمَ ليَستأجرَ له بيتاً، فدَفعَها في استئجار دُكَّانٍ، ثمَّ استردَّها بعينها فهلكتْ؛ فإنَّه لا يضمنُ.

(قوله: وَمُضَارِبٍ وَمُسْتَبْضِعٍ) إذا خالفَ ودفعَ المالَ لنفقته، ثمَّ عادَ إلى الوفاق؛ صارَ مُضارباً ومستبضِعاً. أبو السعود عن الشيخ صالح.

(قوله: وَشَرِيكِ عِنَاناً أَوْ مُفَاوَضَةً) فإنَّهما يعودانِ أمينَيْن بالعود إلى الوفاق. أبو السُّعود. أمَّا شريكُ الملك؛ فإنَّه إذا تعدَّى ثمَّ أزالَ التَّعدِّي لا يزولُ الضَّمانُ كما هو ظاهرٌ؛ لِمَا تقرَّرَ أنَّه أجنبيٌّ في حصَّةِ شريكه، فلو أعارَ دابَّةَ الشَّركة، فتعدَّى، ثمَّ أزال التَّعدِّي؛ لا يزولُ الضَّمانُ، ولو كانت في نوبته على وجه الحفظ فتعدَّى، ثمَّ أزالَه؛ يزولُ الضَّمانُ، وهي واقعةُ الفتوى سُئلتُ عنها، فأجبتُ بما ذكرتُ، وإن لم أرَها في كلامهم؛ للعلم بها مما ذُكِرَ؛ إذ هو مودَعٌ في هذه الحالة، وأمَّا استعمالُها بلا إذن الشَّريك؛ فهي مسألةٌ مقرَّرةٌ مشهورةٌ عندهم بالضَّمان، ويصيرُ غاصباً. «رملي على المنح»(٢).

(قوله: وَمُسْتَعِيرِ رَهْنٍ) أي: إذا استعارَ عبداً ليرهنَه أو دابَّةً، فاستخدمَ العبدَ وركبَ الدَّابَّةَ قبل أن يرهَنَها، ثمَّ رَهنَها بمالٍ بمثل القيمة، ثمَّ قضي بالمال ولم يقبِضْها حتَّى هلكتْ عند المرتهن؛ لا ضمانَ على الرَّاهن؛ لأنَّه قد برئَ عن الضَّمان حين رَهنَها، فإذا كان أميناً

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٤.

(٢) «لوائح الأنوار»: ق٧٢/آ ولي الدين.

والحاصلُ: إنَّ الأمينَ إذا تعدّى ثمَّ أزالَه لا يَزولُ الضَّمانُ، إلا في هذه العشرةِ؛ ....

خالَفَ؛ فقد عادَ إلى الوفاق، وإنَّما كان مستعيرُ الرَّهن كالمودَع؛ لأنَّ تسليمَها إلى المرتهن يرجعُ إلى تحقيق مقصود المعير، حتَّى لو هلكَ بعد ذلك يصيرُ دَينُه مقضيّاً، فيَستوجبُ المعيرُ الرُّجوعَ على الرَّاهن بمثله، فكان ذلك بمنزلة الردِّ عليه حكماً، فلهذا بَرِئَ عن الضَّمان. كذا في «البحر» معزيّاً إلى «المبسوط»[(١)]. اهـ[(٢)]. نقلَه في «المنح»[(٣)]. وإنَّما قال: "ثمَّ قضى المال ولم يقبِضْها"؛ لِمَا ذكرَه أنَّه لو هلكتْ قبل أن يَقضي المالَ؛ كان قاضياً بها دَينَه، فيَضمنُ قيمَتَها لمالكها. وقولُه: "ثمَّ رهنها بمالٍ بمثل قيمتها" الأَوْلى أن يقول: بما شَرطَه المرتهنُ؛ لأنَّه لا يتجاوَزُه كما يأتي في بابه. تأمَّل.

وقد علمتَ أنَّ هذه المسألةَ مقيَّدةٌ بما إذا تعدَّى ثمَّ رهنَ، فلو استعارَ ليَرهنَ، فتعدَّى ولم يَرهنْ وضاعتْ؛ فالضَّمانُ عليه، ويكون داخلاً في حكم المستعير المذكور في المصنِّف، وأنَّ هذه المسألةَ مستثناةٌ من قول المصنِّف: (بخلاف المستعير) كما أفاده في الشَّرح. ط[(٤)]. وقد سُئلَ الخيرُ الرَّمليُّ عن المرتهن إذا ماتَ مجهِّلاً للرَّهن: هل يضمَنُه كَملاً أم لا؟ فأجاب: نعم؛ لأنَّ الزَّائدَ عن الدَّين أمانةٌ، فتُضمنُ كما هو ظاهرٌ. اهـ[(٥)].

(قوله: ثُمَّ أَزَالَهُ) أي: التَّعدِّي.

(قوله: إِلَّا فِي هَذِهِ العَشَرَةِ) بعدِّ الشَّريك صورتينِ.

---

(١) «المبسوط» للسرخسي: كتاب الرهن: ٢١/ ١٦٢.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٧.

(٣) «منح الغفار»: ق٥١٩/آ فيض الله.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٠.

(٥) «نزهة النواظر»: ٤/ ٤٢٨ (ذيل غمز عيون البصائر)، «الفتاوى الخيرية»: كتاب الرهن: ٢/ ١٩١.

لأنَّ يدَه كيد المالك، ولو كذَّبَه في عوده للوِفاقِ؛ فالقولُ له، وقيل: للمودَعِ. «عماديَّة»[1]

(وَ) بخلاف (إِقْرَارِهِ بَعْدَ جُحُودِهِ) أي: جحودِ الإيداع، ....

(قوله: لِأَنَّ يَدَهُ كَيَدِ المَالِكِ) أي: حكماً؛ لأنَّه عاملٌ في الحفظ، وهذه علَّةٌ لمسألة الوديعة المذكورة في المصنِّف. والحاصلُ: أنَّ كلَّ أمينٍ خالَفَ ثمَّ عادَ إلى الوفاق؛ عادَ أميناً؛ لأنَّ يدَه يدُ المالك حكماً؛ لأنَّه عاملٌ في الحفظ، إلا المستعيرَ والمستأجِرَ، فإنَّهما ضامنانِ مطلقاً؛ لأنَّ قبضَهما العينَ كان لأنفسهما لاستيفاء المنافع، فإذا تركَ الخلافَ؛ لم يُوجدِ الردُّ إلى صاحبها لا حقيقةً ولا حكماً، بخلاف المودَع وما عُطفَ عليه، فإنَّ يدَه يدُ المالك حكماً؛ لأنَّه عاملٌ في الحفظ كما ذكرنا.

(قوله: فَالقَوْلُ لَهُ) أي: للمالك، إلا أن يُقيمَ المودَعُ البيِّنَةَ على العود إلى الوفاق، والأَوْلى التَّصريحُ بذلك؛ لدفع اللَّبْس الواقع في العبارة. فتأمَّلْ. ط[2].

(قوله: وَقِيلَ: لِلْمُودَعِ) بفتح الدال؛ لأنَّه يَنفي الضَّمانَ عنه، أي: ولا يُشترطُ إقامةُ البيِّنة على العود إلى الوفاق. وظاهرُ كلامهم اعتمادُ الأوَّل.

(قوله: وَبِخِلَافِ إِقْرَارِهِ بَعْدَ جُحُودِهِ) بأن قال: لم تودِعْني، أمَّا لو قال: ليس له عليَّ شيءٌ، ثمَّ ادَّعى ردّاً أو تَلَفاً؛ صُدِّقَ. أبو السُّعود عن «الشُّرنبلاليَّة»[3]. ومثلُه: جحودُه بلا إقرارٍ بأن أقام بيِّنةً بعد الجحود كما في «الدُّرَر»[4]. وقولُه: (وبخلاف إقراره) معطوفٌ على قوله: (بخلاف المستعير والمستأجر).

(١) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٥/ ب فيض الله.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٠.

(٣) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٤٦ (بهامش درر الحكام)، «فتح المعين»: ٣/ ٢٠٧.

(٤) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٦.

حتَّى لو ادَّعى هبةً أو بيعـًا لم يَضمنْ. «خلاصة». وقيَّدَ بقوله: (بَعْدَ طَلَبِ) ربِّها (رَدّهَا) فلو سألَه عن حالها، فجَحدَها، فهلكتْ؛ لم يَضمنْ. «بحر»[1].

(قوله: حَتَّى لَوِ ادَّعَى هِبَةً أَوْ بَيْعـًا) يعني: قيَّد بقوله: (بعد جحوده)؛ لأنَّه لو ادَّعى أنَّ المالكَ وَهبَها لو أو باعَها منه، وأنكرَ صاحِبُها، ثمَّ هلكتْ؛ لا ضمانَ على المودَع؛ لأنَّهما اتَّفَقا على اليد واختَلَفا في الجهة، فيُحملُ على المحقَّق، وهو يدُ الأمانة والملكِ للمالك.

(قوله: وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ: "بَعْدَ طَلَبِ رَبِّهَا") ومثلُه: طلبُ امرأة الغائب وجيرانِ اليتيم من الوصيِّ ليُنفقَ عليه من ماله كما في «الخانيَّة». ومثلُه في «التَّاترخانيَّة»[2]. وقولُه: (بعد) متعلِّقٌ بقوله: (بجحوده).

(قوله: فَلَوْ سَأَلَهُ عَنْ حَالِهَا) بأن قال: ما حالُ وديعتي عندك؟ ليشكُرَه على حفظها. «بحر»[3]. والأَوْلى أن يقول: "لأنَّه... إلخ" بدل الفاء، وكذا يقال فيما يأتي.

(قوله: فَجَحَدَهَا) قال الرَّمليُّ: هذا ليس بجحودٍ حقيقةً، وإنَّما هو حفظٌ، فاستغنى في «الكنز» عن ذكره[4].

(قوله: لَمْ يَضْمَنْ) لأنَّ كِتمانَ الوديعة أمكَنُ في حفظها؛ لأنَّ بذكرِها قد يتنبَّهُ لها الظَّالمُ والسَّارقُ، فكان جحودُه من باب الحفظ، بخلافِ ما إذا كان جحودُه عند طلب المالك لها، فإنَّ بالطَّلب ينتهي الإيداعُ، فإنَّه ما أودَعَها إلا ليُسلِّمَها له عند حاجته إليها، فبالمنع يكون غاصبـًا، فيَضمنُ ولم تبقَ يدُه يدَ المالك، فبإقراره بعد ذلك لم يحصلِ الردُّ إلى مالكها لا حقيقةً ولا حكمـًا، فلذا لا يبرأُ عن الضَّمان إلا بتسليمها إلى المالك حقيقةً.

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٧.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٢٦.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٧.

(٤) «لوائح الأنوار»: ق٧٢/ آ ولي الدين.

وقَيَّدَ بقوله: (وَنَقَلَهَا مِنْ مَكَانِهَا وَقْتَ الإِنْكَارِ) أي: حالَ جحوده؛ لأنَّه لو لم ينقُلْها وقتَه فهلكتْ؛ لم يَضمنْ. «خلاصة».

(قوله: وَنَقْلِهَا مِنْ مَكَانِهَا وَقْتَ الإِنْكَارِ) المرادُ به: زمنُ الإنكار، وليس المرادُ: نقلَها وقتَه حقيقةً؛ لأنَّه لا يتأتَّى إلا في نادرٍ من الصُّور. وعبارةُ «الخلاصة»: وفي غصب «الأجناس»: إنَّما يَضمنُ إذا نَقَلَها عن موضعها الذي كانتْ فيه حالَ الجحود، وإن لم ينقُلْها وهلكتْ؛ لا يَضمنُ. اهـ. وهو ظاهرٌ، وعليه فهو متعلِّقٌ بقوله: (مكانها). وانظرْ ما لو كان نَقَلَها قبلَه وفي نيَّتِه الجحودُ. وقد نقلَ هذا التَّقييدَ الشُّرنبلاليُّ عن النَّاطفيِّ، ونقلَ عن «جامع الفصولين»: أنَّه يضمنُ بجحوده الوديعةَ كالعارية ولو لم يُحوِّلْها. وقولُه: (وكانت منقولاً) لا حاجةَ إليه بعد قوله: (ونقلها من مكانها)، ولو قدَّمَه عليه؛ لكان أَوْلى.

(قوله: لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَنْقُلْهَا وَقْتَهُ) صادقٌ بعدم النَّقل أصلاً وبنقلِها بعده وقبله، وإنَّما اعتُبرَ النَّقلُ؛ ليتحقَّقَ الغصبُ في المنقول؛ إذ الغصبُ إزالةُ اليد المحققَّة وإثباتُ اليد المبطِلَة، وهو إنَّما يتحقَّقُ بنقلها من مكانها وقتَ الجحود؛ لأنَّ يدَه عليها يدُ أمانةٍ لا ضمانٍ، فإذا جَحدَها فنقَلَها؛ فقد أزالَ يدَ الأمانة وأثبتَ يدَ الغصب، بخلاف ما إذا لم ينقُلْها، فإنَّ يدَ الأمانة باقيةٌ. وقد نقلَ هذا القيدَ الشُّرنبلاليُّ كما قدَّمْناه، ونصُّه: إذا جحدَ المودَعُ الوديعةَ بحضرة صاحبها؛ يكون ذلك فسخاً للوديعة، حتَّى لو نَقَلَها المودَعُ من المكان الذي كان فيه حالةَ الجحود يَضمنْ، وإن لم ينقُلْها عن ذلك المكان بعد الجحود فهلكتْ؛ لا يَضمنُ. اهـ[1]. ونقله في «التَّاترخانيَّة» عن «الخانيَّة» معزيّاً للنَّاطفيِّ[2]. لكن ذكرَ في «جامع الفصولين»: أنَّه يَضمنُ بجحود الوديعة كالعارية ولو لم يُحوِّلْها. وفي «المنتقى»: لو كانت

---

(١) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٤٦ (بهامش درر الحكام) عن الناطفي.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٣١، «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٢٥.

وقيَّدَ بقوله: (وَكَانَت) الوديعةُ (مَنْقُولاً) لأنَّ العقارَ لا يُضمنُ بالجحود عندهما، خلافاً لمحمدٍ في الأصحِّ. غصبُ الزيلعيِّ. وقيَّدَ بقوله: (وَلَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مَنْ يُخَافُ مِنْهُ عَلَيْهَا)

العاريةُ مما يُحوَّلُ؛ يَضمنُ بالإنكار وإن لم يُحوِّلْها. وفي «البدائع»: إنَّ العقدَ ينفسخُ بطلب المالك؛ لأنَّه لَمَّا طَلَبَها فقد عزلَه عن الحفظ، أو لَمَّا جحدَه المودعُ بحضرة المالك فقد عزلَ نفسَه عن الحفظ، فبقيَ مالُ الغير في يده بغير إذنه، فيكون مضموناً، فإذا هلكَ تقرَّرَ الضَّمانُ. اهـ[1]. قال الخير الرَّمليُّ: لم يظهرْ لأصحاب المتون صحَّةُ هذا القول، فلم ينظروا إليه، فراجعِ المطوَّلات يظهرْ لك ذلك. اهـ[2]. فتأمَّلْ.

(قوله: وَكَانَتِ الوَدِيعَةُ مَنْقُولاً) أقول: العقارُ مقرَّرٌ عدمُ الضَّمان فيه؛ لعدم تصوُّرِ غصبه، فلم يُصرِّحْ في «الكنز» بنفيه اكتفاءً بذلك كما سيذكرُه في بابه، أو لأنَّ الأصحَّ مذهبُ محمدٍ فيه، فأراد دخولَه. تأمَّل. ذكره الخيرُ الرَّمليُّ[3].

(قوله: لَا يُضْمَنُ بِالجُحُودِ عِنْدَهُمَا) لعدم تصوُّرِ غصبه.

(قوله: خِلَافاً لِمُحَمَّدٍ) فإنَّ الغصبَ يَجري فيه عنده، فلو جَحدَه يكون ضامناً. (قوله: فِي الأَصَحِّ) أي: قولُه هو الأصحُّ.

(قوله: غَصْبُ الزَّيْلَعِيِّ) أي: ذكره الزَّيلعيُّ في كتاب الغصب[4].

(قوله: وَلَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مَنْ يَخَافُ مِنْهُ عَلَيْهَا) أي: لأنَّه لو جَحدَها في وجه عدوٍّ يخافُ عليها التَّلفَ: إن أقرَّ ثمَّ هلكتْ؛ لا يَضمَنُها؛ لأنَّه إنَّما أرادَ حفظَها. كذا في «المنح»[5].

---

(١) «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢١٢.

(٢) «لوائح الأنوار»: ق٧٢/ آ ولي الدين.

(٣) «لوائح الأنوار»: ق٧٢/ آ ولي الدين.

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٢٢٤.

(٥) «منح الغفار»: ق٥١٩/ ب فيض الله.

فلو كان لم يضمنْ؛ لأنَّه من باب الحفظ وقيَّدَ بقوله: (وَلَمْ يُحْضِرْهَا بَعْدَ جُحُودِهَا) لأنَّه لو جحدَها ثمَّ أحضرَها، فقال له ربُّها: "دَعْها وديعةً"، فإن أمكنَه أخذُها؛ لم يضمنْ؛ لأنَّه إيداعٌ جديدٌ، وإلا ضَمِنَها؛ لأنَّه لم يتمَّ الردُّ. «الاختيار»[1]. وقيَّدَ بقوله: (لِمَالِكِهَا)

(قوله: فَلَوْ كَانَ لَمْ يَضْمَنْ) أي: إن أقرَّ ثمَّ هلكتْ.

(قوله: وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ: وَلَمْ يُحْضِرْهَا... إلخ) أقول: لم يُصرِّحْ به في «الكنز». والجوابُ عنه: إنَّه حيث قلتم: أنَّه إيداعٌ جديدٌ؛ فما مدخلُه في مسألتنا؟! فتأمَّلْه. ذكره الخيرُ الرَّمليُّ[2].

(قوله: فَإِنْ أَمْكَنَهُ) أي: ربَّها (أَخْذُهَا) عند إحضارها ليُجعلَ قابضاً لها.

(قوله: لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّهُ إِيدَاعٌ جَدِيدٌ) أي: بقوله: دَعْها، فيكون إبقاؤها إيداعاً جديداً.

(قوله: وَإِلَّا) أي: وإن لم يكن المالكُ أخذَها عند إحضارها.

(قوله: ضَمِنَهَا) لأنَّه لم يُجعلْ قابضاً لها، فبقيتْ مضمونةً على جاحدها.

(قوله: لِأَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ الرَّدُّ) أي: ردُّها إلى المالك بإحضارها عند عدم تمكُّنِه من أخذها، فلا يصحُّ الإيداعُ الجديدُ؛ لأنَّ الإيداعَ إنَّما يكون لعين ماله، وهو إنَّما يَستحقُّ على المودَع ضمانَها، فهو كالدَّين في ذمَّتِه، والمضمونُ لا يصيرُ أمانةً إلا بعد الخروج عن عُهْدة ضمانه، وذلك بالتَّسليم التامِّ الذي يمكن المالكُ معه القبضَ والتَّسليمَ.

(قوله: وَقَيَّدَ بِقَوْلِهِ: لِمَالِكِهَا) أو وكيله كما في «التَّاترخانيَّة»[3]، فاللامُ بمعنى: عند، ويؤيِّدُه قولُ «الدُّرَر»: أو جحودها عند مالكها[4]. قال الخيرُ الرَّمليُّ: لا حاجةَ إليه، أي: مالكها؛ لأنَّه هو المرادُ لا غيره؛ إذ الكلامُ فيه، فلذا لم يذكُرْه في «الكنز»[5].

---

(١) «الاختيار»: ٣/ ٢٧.

(٢) «لوائح الأنوار»: ق٧٢/ ب ولي الدين.

(٣) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٤١.

(٤) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٦.

(٥) «لوائح الأنوار»: ق٧٢/ ب ولي الدين.

لأنَّه لو جحدَها لغيره لم يَضمنْ؛ لأنَّه من الحفظ، فإذا تمَّتْ هذه الشُّروطُ لم يبرأْ بإقراره إلا بعقدٍ جديدٍ، ولم يُوجدْ. (وَلَوْ جَحَدَهَا، ثُمَّ ادَّعَى رَدَّهَا بَعْدَ ذَلِكَ، وَبَرْهَنَ عَلَيْهِ؛ قُبِلَ) وبَرِئَ، (كَمَا لَوْ بَرْهَنَ أَنَّهُ رَدَّهَا قَبْلَ الجُحُودِ........

(قوله: فَإِذَا تَمَّتِ الشُّرُوطُ) وهي طلبُ ردِّها، ونقلها، وكونُه منقولاً، وعدمُ الخوف عليها، وعدمُ إحضارها بعد جحودها، وكونُ الجحود لمالكها لم يبرأْ... إلخ.

(قوله: إِلَّا بِعَقْدٍ جَدِيدٍ، وَلَمْ يُوجَدْ) والحاصلُ على ما ذكره المصنِّفُ: أنَّه لا يضمنُ إلا بشروطٍ: أن يَجحدَ عند سؤالِ ردِّها، وأن ينقُلَها، وأن يكون نقلُها زمنَ إنكاره، وأن تكون مما يُنقلُ، وأن لا يكون عند الإنكار من يخافُ عليها منه، وأن لا يحضِرَها بعد الجحود، وأن يكون الجحودُ لمالكها. فإن وُجدتْ هذه الشُّروطُ ضَمنَ، وإلا بأن جحدَ عند غير صاحبها، أو عنده حين يسألُه عن حالها من غير أن يطلبَ منه الردَّ، أو طلبَ منه الردَّ عند من يخافُ منه، فجَحدَها؛ لا يَضمنُ.

(قولـه: قُبِلَ) لعدم تناقُضِه، فإنَّـه يقول: إنِّي بعد أن جحدْتُك الوديعةَ نسـيانـًا أو ظلمـًا ثـمَّ تذكَّـرتُ[1] أو رجعـتُ عن الظُّلـم؛ كان مدَّعيـًا، فـإذا نوَّرَ دعـواهُ بالبيِّنة؛ قُبلـتْ، فيبرأُ عن الضَّمان.

(قوله: كَمَا لَوْ بَرْهَنَ... إلخ) هكذا نقله في «الخانيَّة» و«الخلاصة». ونقلَ في «البحر» عن «الخلاصة»: أنَّه لا يُصدَّقُ[2]، لكن في عبارته سقطٌ، ويدلُّ عليه: أنَّ الكلامَ في البيِّنة، لا في مجرَّد الدَّعوى حتَّى يقال: لا يصدَّقُ. وعبارةُ «الخلاصة» بعد قوله: "لم يستودِعْني"

(١) في هامش بولاق: (قوله: ثم تذكرت، لعل الظاهر إسقاط: ثم).

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٨.

وَقَالَ: "غَلِطْتُ فِي الجُحُودِ"، أَوْ "نَسِيتُ"، أَوْ "ظَنَنْتُ أَنِّي دَفَعْتُهَا") قُبِلَ برهانُه،.........

هكذا: وفي «الأقضية»: لو قال: "لم يستودِعْني"، ثمَّ ادَّعى الردَّ أو الهلاكَ؛ لا يُصدَّقُ، ففي عبارته سقطٌ. قال في «الخانيَّة»: وذكرَ في «المنتقى»: إذا جحدَ المودَعُ الوديعةَ ثمَّ ادَّعى أنَّه ردَّها بعد ذلك، وأقام البيِّنةَ؛ قُبلتْ بيِّنتُه، وكذا لو أقامَ البيِّنةَ أنَّه ردَّها قبل الجحود، وقال: إنَّما غلطتُ... إلخ[1]. فظهرَ أنَّ فيما نقله صاحبُ «البحر» عن «الخلاصة» سقطٌ. وفي «الخانية» أيضاً: ولو جحدَ المودَعُ الوديعةَ، ثمَّ أقام البيِّنةَ على هلاكها قبل الجحود: إن قال: "ليس لك عندي وديعةٌ"؛ قُبلتْ بيِّنتُه ويبرأُ عن الضَّمان، ولو قال: "نسيتُ في الجحود" أو قال: "غلطتُ"، ثمَّ أقامَ البيِّنةَ أنَّه دفعَها إلى صاحبها قبل الجحود؛ بَرِئَ. اهـ[2].

(قوله: وَقَالَ: "غَلِطْتُ") حالٌ من الضَّمير في (برهن) الثَّانية التي هي على الردِّ قبل الجحود؛ لأنَّه متناقضٌ في دعواهُ ذلك؛ لأنَّه حيث جَحدَها زعمَ أنَّه لا وديعةَ عنده، فلا يتأتَّى الردُّ لنفي أصل الوديعة، فيحتاجُ إلى التَّوفيق. فإذا قال "غلطتُ" أي: أردتُ أن أقول: "رددْتُها" فقلتُ: "لا وديعةَ عندي" أو "لم تُودِعْني شيئاً"؛ لأنَّ الوديعةَ التي قد أودعْتَها عندي قد انتهتْ بالتَّسليم إليك، فصرتَ كأن لم تُودِعْ شيئاً؛ فيُقبلُ حينئذٍ برهانُه لارتفاع التَّناقض. وكذا لو قال: "نسيتُ" أي: حين سألْتَني عن الوديعة بعد ردِّها إليك نسيتُ الإيداعَ والردَّ، فلذلك قلتُ لك: "لم تودِعْني شيئاً"، ثمَّ تذكرتُ وهذه بيِّنتي على الردِّ؛ تُقبلُ.

(قوله: أَوْ "ظَنَنْتُ أَنِّي دَفَعْتُهَا") أي: وبعد الدَّفع لم أكن مُودَعاً، فأنا صادقٌ في قولي لك: لم تودِعْني؛ لأنِّي قد بَرِئتُ من وديعتك بتسليمها إليك.

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٣١.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٣١.

ولو ادَّعى هلاكَها قبلَ جحودِه حلفَ المالكُ ما يعلمُ ذلك، فإن حلفَ ضمَّنَه، وإن نكلَ

(قوله: وَلَوِ ادَّعَى هَلَاكَهَا قَبْلَ جُحُودِهَا حُلِّفَ المَالِكُ... إلخ) أي: عند القاضي بطلب المودَع عند عدم إقامة البيِّنة على الضَّياع من المودع؛ لأنَّ كلَّ مَن إذا أقرَّ بشيءٍ لزمَه يحلفُ عند إنكاره، والمالكُ لو أقرَّ بهلاكها قبل جحود المودَع انتفى الضَّمانُ، فإذا أنكرَه يحلفُ، فإذا حلفَ ضمنَها المودَعُ؛ لعدم ثبوت مدَّعاهُ، فيضمنُ بجحوده، وإن نكلَ برئَ المودَعُ؛ لأنَّ النُّكولَ إقرارٌ أو بذلٌ على ما عُرفَ.

(قوله: مَا يَعْلَمُ ذَلِكَ) لأنَّه تحليفٌ على غير فعله، فيكون على العلم، وذلك عند عدم إقامة البيِّنة على الضَّياع من المودَع، أمَّا إذا أقام بيِّنةً، فإن كان قبل الجحود؛ تُقبلُ لعدم التَّعدِّي والتَّناقض، وإنْ بعدَه لا تُقبلُ؛ لأنَّه بالجحود غاصبٌ، ولم يردَّ إلى المالك كما تقدَّم. قال في «الهنديَّة»: إذا أقامَ ربُّ الوديعة البيِّنةَ على الإيداع بعدما جحدَ المودَعُ، وأقامَ المودَعُ البيِّنةَ على الضَّياع، فإن جحدَ المودَعُ الإيداعَ بأن يقول للمودِع: "لم تودِعْني"؛ ففي هذا الوجه المودَعُ ضامنٌ، وبيِّنتُه على الضَّياع مردودةٌ، سواءٌ شهدَ الشُّهودُ على الضَّياع قبل الجحود أو بعد الجحود. وإن جحدَ الوديعةَ بأن قال: "ليس لك عندي وديعةٌ"، ثمَّ أقامَ البيِّنةَ على الضَّياع: إن أقامَ البيِّنةَ على الضَّياع بعد الجحود؛ فهو ضامنٌ، وإن أقامَ بيِّنتَه على الضَّياع قبل الجحود؛ فلا ضمانَ. وإن أقامَ بيِّنتَه على الضَّياع مطلقاً، ولم يتعرَّضوا لكونه قبل الجحود أو بعده؛ فهو ضامنٌ. اهـ[1].

(قوله: فَإِنْ حَلَفَ ضَمَّنَهُ) أي: ضمَّن المالكُ المودَعَ؛ لعدم ثبوت مدَّعاهُ، فيضمنُ بجحوده، وإن نكلَ برئَ أي: المودَعُ؛ لأنَّ النُّكولَ إقرارٌ أو بذلٌ كما سمعتَ.

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٥٦.

برئَ، وكذا العاريةُ. «منهاج». ويضمنُ قيمَتَها يومَ الجحود إن عُلمَ، وإلا فيومَ الإيداع. «عماديَّة». بخلاف مضارِبٍ جحدَ ....

(قوله: وَكَذَا العَارِيَّةُ) أي: إذا ادَّعى المستعيرُ هلاكَها قبل جحوده؛ فإنَّ القاضي يُحلِّفُه على العلم.

(قوله: وَيَضْمَن قِيمَتَهَا يَوْمَ الجُحُودِ إِنْ عُلِمَ) الأصوبُ: علمت، أي: القيمةُ؛ لأنَّ الفاعلَ ضميرٌ مؤنَّثٌ متَّصلٌ، فتلزمُ التاءُ. ونقلَ في «المنح» قبله عن «الخلاصة» ضمانَ القيمة يومَ الإيداع بدون تفصيلٍ[1]. لكنَّه متابعٌ في النَّقل عن «الخلاصة» لصاحب «البحر»، وفيما نقله سقطٌ كما قدَّمْناه قريباً، فإنَّ ما رأيتُه في «الخلاصة» موافقٌ لِمَا في «العماديَّة». فتنبَّه. وأصلُ العبارة: قُضيَ عليه بقيمته يومَ الجحود، فإن قال الشُّهودُ: "لا نعلمُ قيمَتَه يوم الجحود، لكن قيمتُه يومَ الإيداع كذا"؛ قُضيَ عليه بقيمته يومَ الإيداع. وعبارةُ «العمادية»: إنَّه لو جحدَ الوديعةَ وهلكتْ، ثمَّ أقامَ المودَعُ بيِّنةً على قيمتها يوم الجحود؛ يُقضى بقيمتها يومَ الجحود، وإن لم يُعلمْ قيمَتُها يوم الجحود؛ يُقضى بقيمتها يوم الإيداع، يعني: إذا أثبتَ الوديعةَ. كذا ذكره في «العدَّة». اهـ[2]. ولذلك تعقَّبَ العلَّامةُ المقدسيُّ صاحبَ «البحر»: بأنَّ الذي في «الخلاصة»: يُقضى عليه بقيمته... إلخ.

(قوله: وَإِلَّا فَيَوْمَ الإِيدَاعِ) قال مؤيَّد زاده: إن لم تُعلمْ قيمةُ الوديعة يومَ الجحود؛ يُقضى بقيمتها يوم الإيداع.

(قوله: بِخِلَافِ مُضَارِبٍ جَحَدَ) أي: قال لربِّ المال: "لم تدفعْ لي شيئاً".

---

(١) «منح الغفار»: ق٥١٩/ب فيض الله.

(٢) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٥٠/ب فيض الله.

ثمَّ اشترى؛ لم يَضمنْ. «خانية». (وَ) المودَعُ (لَهُ السَّفَرُ بِهَا) ....

(قوله: ثُمَّ اشْتَرَى) أي: بعدما أقرَّ ورجعَ عن الجحود، "بأن قال: بلى قد دفعتَ إليَّ"، بخلاف ما لو أقرَّ بعد الشِّراء، فيضمنُ المتاعَ له. «منح» عن «الخانية»[١].

(قوله: لَمْ يَضْمَنْ. «خَانِيَّة») عبارَتُها ـ كما في «المنح» ـ: المضارِبُ إذا قال لربِّ المال: "لم تدفعْ إليَّ شيئاً"، ثمَّ قال: "بلى قد دفعتَ إليَّ"، ثمَّ اشترى بالمال؛ ذكرَ النَّاطفيُّ: أنَّ المشترى يكون على المضاربة، وإن ضاعَ المالُ في يده بعد الجحود وقبل الشِّراء؛ فهو ضامنٌ، والقياسُ أن يضمنَ على كلِّ حالٍ. وفي الاستحسان: إن جحدَ ثمَّ أقرَّ ثمَّ اشترى؛ بَرِئَ عن الضَّمان، وإن جَحدَها ثمَّ اشترى ثمَّ أقرَّ؛ فهو ضامنٌ والمتاعُ له. وكذا الوكيلُ بشراءِ شيءٍ بغير عينه بألفٍ، ودفعَ الموكِّلُ المال إلى الوكيل، فإن كان العبدُ مُعيَّناً، فاشتراهُ في حالة الجحود أو بعدما أقرَّ؛ فهو للآمر. ولو دفعَ رجلٌ عبداً إلى رجلٍ ليَبيعَه، فجحدَ المأمورُ ثمَّ أقرَّ به، فباعَه، قال محمدُ بنُ سلمةَ: جازَ ويبرأُ عن الضَّمان. وقال غيرُه من المشايخ: في قياس قوله: ولو باعَه بعد الجحود ثمَّ أقرَّ جازَ أيضاً. اهـ[٢].

وبهذا يُعلمُ ما في عبارته من حذفِ ما لا بُدَّ منه، وهو قولُه: ثمَّ أقرَّ ثمَّ اشترى... إلخ. فتأمَّلْ. وعليه فلو قال: بخلاف مضاربٍ جحدَ ثمَّ أقرَّ ثمَّ اشترى لم يضمنْ؛ لأصابَ.

(قوله: وَالمُودَعُ لَهُ السَّفَرُ بِهَا) أي: برّاً، وأجمعوا أنَّه لو سافرَ بها بحراً يضمنُ. «هنديَّة» عن «غاية البيان»[٣]. قال في «البحر»: ومن المخوف: السَّفرُ بها في البحر؛ لأنَّ الغالبَ فيه

(١) «منح الغفار»: ق٥٢٠/آ فيض الله.

(٢) «الفتاوى الخانية»: كتاب المضاربة: ٤/ ١٤ – ١٥، «منح الغفار»: ق٥٢٠/آ فيض الله.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٢.

....

العطبُ. اهـ[1]. وعزاهُ «للاختيار»[2]. وتعقَّبَه المقدسيُّ بحثاً منه رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بأنَّ من المقرَّرِ أنَّ النَّادرَ لا حُكمَ له، فلو العطبُ قليلاً والسَّلامةُ أغلبَ؛ فلا ضمانَ، سواءٌ سافَرَ برّاً أو بحراً، وبالعكس يَضمنُ. يُعلمُ ذلك من هنا ومن قولهم: للمضارب السَّفرُ برّاً أو بحراً، ومن قولهم: يجب الحجُّ إذا كان الأغلبُ السَّلامةَ ولو بحراً، وهذا يَختلفُ باختلاف الزَّمان والمكان كما هو مُشاهدٌ. فتدبَّر. اهـ. انتهى. وأجيبَ أيضاً: بأنَّ التَّقييدَ مستفادٌ من تعليله. اهـ.

أقول: وحيث كانت العلَّةُ الخوفَ، وهو أيضاً منتفٍ بسفينةِ التُّجَّار في زماننا المعروفةِ بالبابور، فإنَّ الغالبَ فيها السَّلامةُ؛ لأنَّ التُّجَّارَ الآن لا تطمئنُّ قلوبُهم في إرسال أموالهم إلا بها بحراً، وإذا انتفتِ العلَّةُ انتفى المعلولُ. على أنا قدَّمْنا ويأتي أنَّ العبرةَ في حفظ الوديعة العُرفُ، وحيث كان العُرفُ كذلك؛ فينبغي أن يقال: لا فرقَ بين السَّفَر بها برّاً أو بحراً في البابور. فتأمَّل وراجعْ. وقيَّد بالمودَع؛ لأنَّ الأبَ أو الوصيَّ إذا سافَرَ بمال اليتيم لا يضمنُ إجماعاً، والوكيلُ بالبيع إذا سافَرَ بما وُكِّلَ ببيعه: إن قيَّد الوكالةَ بمكانٍ بأن قال له: بِعْه بالكوفة فأخرجَها من الكوفة؛ يَصيرُ ضامناً عندنا، وإن أطلقَ الوكالةَ فسافَرَ به: إن كان شيءٌ له حِملٌ ومؤنةٌ يكون ضامناً، وإن لم يكن له حملٌ ومؤنةٌ؛ لا يصيرُ ضامناً عندنا إذا لم يكن له بُدٌّ من السَّفَر، وإن كان له بُدٌّ من السَّفَر لا يكون ضامناً عند أبي حنيفةَ، طالَ الخروجُ أم قَصُرَ. وقال أبو يوسفَ: إن طالَ الخروجُ يكون ضامناً، وإن قَصُرَ لا يكون ضامناً. كذا في «فتاوى قاضيخان»[3]. ويأتي تمامُه قريباً.

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٨.

(٢) «الاختيار»: ٣/ ٢٧.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٣٣.

ولو لها حملٌ. «درر»[1].

(قوله: وَلَوْ لَهَا حِمْلٌ) فسَّره في «الجوهرة»: بما يحتاجُ في حمله إلى ظهرٍ أو أجرةِ حمَّالٍ[2]. اهـ مكي. وفي «الهنديَّة» عن «المضمرات»: لو كانت طعاماً كثيراً، فسافرَ بها، فهلكَ الطَّعامُ؛ فإنَّه يضمنُ استحساناً. اهـ[3]. وذكرَ في «المنح»: ولا يَضمنُ ولو كان الخروجُ طويلاً، ومؤنةُ الردِّ على المالك[4]. قال في «التَّبيين»: وما يلزمُ الآمرَ من مؤنة الردِّ ضرورةَ صحَّة أمره فلا يُعدُّ ذلك إضراراً به. اهـ[5]. قال الزَّيلعيُّ: وقال محمدٌ: لا يخرجُ بما له حملٌ ومؤنةٌ. اهـ[6]. وجعلَه في «العناية» قولَ الثَّاني أيضاً، ثم قال: لكن قيل: عند الثَّاني إذا كان بعيداً، وعند محمدٍ مطلقاً قريباً كان أو بعيداً. اهـ[7]. واستثنى في «شرح القدوريِّ» الطَّعامَ الكثيرَ، فإنَّه يَضمنُ إذا سافرَ به استحساناً، ونقله في «البحر»[8]. وفيه عن قاضيخان: للمودَعِ أن يُسافرَ بمال الوديعة إذا لم يكن له حملٌ ومؤنةٌ[9]. وتعقَّبَه الحمويُّ: بأنَّ ما في «الخانيَّة» من اشتراط عدمِ الحمل والمؤنة مبنيٌّ على قولهما، أمَّا على قول أبي حنيفةَ؛ فيُسافرُ بها مطلقاً عند عدم النَّهي[10].

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٦.

(٢) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٤٩.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٢.

(٤) «منح الغفار»: ق٥٢٠/آ فيض الله.

(٥) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٩.

(٦) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٩.

(٧) «العناية»: ٨/ ٤٩٠.

(٨) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٨.

(٩) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٣٣، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٨.

(١٠) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٨١/ ب شهيد علي باشا.

(عِنْدَ عَدَمِ نَهْيِ المَالِكِ وَ) عدمِ (الخَوْفِ عَلَيْهَا) بالإخراج، فلو نهاهُ أو خافَ، فإنْ له بُدٌّ من السَّفَر ضَمنَ، وإلا فإنْ سافَرَ بنفسه ضمنَ، ....

(قوله: عِنْدَ عَدَمِ نَهْيِ المَالِكِ وَعَدَمِ الخَوْفِ عَلَيْهَا) قال: إذا لم يُعيِّنْ مكانَ الحفظ، أو لم ينهَ عن الإخراج نصّاً، بل أمرَه بالحفظ مطلقاً، فسافرَ بها، فإن كان الطَّريقُ مَخوفاً فهلكتْ؛ ضمنَ بالإجماع، وإن كان آمِناً ولا حملَ لها ولا مؤنةَ؛ لا يضمنُ بالإجماع. وإن كان لها حملٌ ومؤنةٌ، فإن كان المودَعُ مضطرّاً في المسافرة بها؛ لا يَضمنُ بالإجماع، وإن كان له بُدٌّ من المسافرة بها؛ فلا ضمانَ عليه قَرُبت المسافةُ أو بَعُدتْ. وعلى قول أبي يوسفَ: إن بَعُدت يضمنُ، وإن قَرُبتْ لا. هذا هو الملخَّصُ والمختارُ. وهذا كلُّه إذا لم ينهَ عنها ولم يُعيِّنْ مكانَ الحفظ نصّاً، وإن نهاهُ نصّاً وعيَّنَ مكانَه، فسافرَ بها وله منه بُدٌّ؛ ضَمنَ. كذا في «الفتاوى العتَّابيَّة». إن أمكنَه حفظُ الوديعة في المصر الذي أمرَه بالحفظ فيها مع السَّفَر بأن يَتركَ عبداً له في المصر المأمورِ به أو بعض مَنْ في عياله، فإذا سافَرَ بها والحالةُ هذه ضَمنَ، وإن لم يمكنْه ذلك بأن لم يكن له عيالٌ، أو كان إلا أنَّه احتاجَ إلى نقل العيال، فسافَرَ؛ فلا ضمان. كذا في «التَّاترخانيَّة»[1]. «هندية» من الباب الثَّالث من كتاب الوديعة[2].

(قوله: فَإِنْ لَهُ بُدٌّ مِنَ السَّفَرِ) هذا التَّفصيلُ في الصُّورتين كما أفاده الزَّيلعيُّ[3]، وقد علمتَه من عبارة «الهنديَّة».

(قوله: فَإِنْ سَافَرَ بِنَفْسِهِ ضَمِنَ) أي: لو كان له أهلٌ ولم يُسافروا معه؛ لأنَّ له بُدّاً من السَّفَر بها.

---

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ١٣.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٢.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٧٩.

وبأهلِه لا. «اختيار»[1]. (وَلَوْ أَوْدَعَا شَيْئًا) مثليًا أو قِيميًا ....

فرعٌ: من استُؤجرَ لحفظِ عينٍ أو وكِّلَ ببيعها؛ ليس له أن يُسافرَ بها، وكذا إذا قيَّدَ الإيداعَ بمكانٍ. وفي المقدسيِّ عن النَّسفيِّ: للموكِّل بالبيع أن يدفعَ العينَ إلى السِّمسار.

(قوله: فَإِنْ سَافَرَ بِنَفْسِهِ ضَمِنَ، وَبِأَهْلِهِ لا) لأنَّه يمكِنُه أن يحفَظَها بعياله، وقدَّمْناه عن «الهنديَّة» معزيًّا «للتَّاترخانيَّة».

والحاصلُ: أنَّ عند أبي حنيفةَ: له أن يُسافرَ بها مطلقًا، أي: سواءٌ كان لها حملٌ ومؤنةٌ أو لا، وسواءٌ له بُدٌّ من السَّفَر أو لا، ولا فرقَ بين الطَّويل والقصير. وعندهما: ليس له السَّفرُ بها إذا كان لها حملٌ ومؤنةٌ وطالتْ مدَّةُ السَّفَر. وهذا الخلافُ في خُصُوص ما له حملٌ ومؤنةٌ مع طول مدَّةِ السَّفَر، أمَّا ما ليس له حملٌ ولا مؤنةٌ ولم تَطُلْ مدَّةُ سفره؛ فله السَّفرُ بها اتِّفاقًا عند عدم النَّهي والخوفِ، وكذا مع النَّهي والخوف أيضًا إن لم يكن له من السَّفر بُدٌّ كما سبق. وفي خصوصِ ما إذا أمكَنَه الحفظُ في المصر، بأن كان بعضُ عياله ثمَّةَ ولم يَحتجْ إلى نقلهم، أمَّا لو لم يمكِنْه بأن لم يكن، أو كان ولكن احتاجَ إلى نقلهم؛ لا يَضمنُ بالإجماع، وإن سافرَ بنفسه من غير عياله يَضمنُ، وبه صرَّحَ في «البحر» عن «الخانيَّة»[2] كما يُستفادُ ذلك من أبي السُّعود[3]. وهذا كلُّه في سفر البرِّ كما علمتَ، أمَّا في البحر؛ فليس له أن يُسافرَ في قولهم جميعًا، إلا على ما بحثَه أبو السُّعود، وأيَّدْناه بما تقدَّم قريبًا، فلا تنسَه.

(قوله: وَلَوْ أَوْدَعَا شَيْئًا مِثْلِيًّا أَوْ قِيمِيًّا) لكن عدمُ جواز الدَّفع في القيميِّ بإجماعٍ، وفي

---

(١) «الاختيار»: ٣/ ٢٧.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٨.

(٣) «فتح المعين»: ٣/ ٢٠٨.

(لَمْ) يجزْ أن (يَدْفَع المُودَعُ إِلَى أَحَدِهِمَا حَظَّهُ فِي غَيْبَةِ صَاحِبِهِ) ....

المثليِّ خلافُ الصَّاحبين، فإنَّهما قالا بجواز دفعِ حظِّه له قياساً على الدَّين المشترك. وفرَّقَ أبو حنيفةَ بينهما: بأنَّ المودَعَ لا يملكُ القسمةَ بينهما، فكان تعدِّياً على ملك الغير، وفي الدَّين يطالبُه بتسليم حقِّه؛ إذ الدُّيون تُقضى بأمثالها، فكان تصرُّفاً في مال نفسه كما في «البحر»[1].

(قوله: لَمْ يَجُزْ) قدَّرَه بناءً على ما سيأتي من أنَّه لو دفعَ لم يَضمنْ، فلم يبقَ المرادُ بنفي الدَّفع إلا عدمَ الجواز، وسيأتي ما فيه. وفي «البحر»: وأشارَ بقوله: (لم يدفع) إلى أنَّه لا يجوزُ له ذلك، حتَّى لا يأمُرُه القاضي بدفع نصيبِه إليه في قول أبي حنيفةَ، وإلى أنَّه لو دفعَ إليه؛ لا يكون قسمةً اتِّفاقاً، حتَّى إذا هلكَ الباقي رجعَ صاحبُه على الآخذ بحصَّتِه، وإلى أنَّ لأحدهما أن يأخُذَ حصَّتَه منها إذا ظَفِرَ بها. اهـ[2].

قال المقدسيُّ: قلنا: بل يُطالبُه بدفع حظِّ الغائب؛ لأنَّه يطلبُ المقرَّرَ، وحقُّه مشاعٌ، ولا يتميَّزُ إلا بالقسمة، ولا يملِكُها، ولذا لا يقعُ دفعُه قسمةً، فلو هلكَ الباقي رجعَ صاحبُه، وإذا لم يقعْ قسمةً كان متعدِّياً في النِّصف، فيضمنُ، وفي الدَّين يطالبُه بتسليم حقِّه؛ لأنَّ الدَّينَ يُقضى بمثله، فتصرَّفَ في ملكه ولا قسمةَ.

تتمَّةٌ: في أبي السُّعود: لغريم المديون أن يأخُذَ وديعتَه إن ظَفرَ بها، وليس للمودَع الدَّفعُ إليها. شيخنا. وإذا ماتَ المودِعُ بلا وارثٍ؛ كان للمودَع صرفُها إلى نفسه إن كان من المصارف، وإلا صَرفَها إلى المصرف. اهـ. وعزاهُ إلى الحمويِّ عن «البزَّازيَّة»[3].

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٨.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٨.

(٣) «الفتاوى البزازية»: كتاب الزكاة: ١/ ٨٠، «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٨٢/آ شهيد علي باشا، «فتح المعين»: ٣/ ٢٠٩.

ولو دفعَ هل يَضمنُ؟ في «الدرر»: نعم، ....

(قوله: وَلَوْ دَفَعَ هَلْ يَضْمَنُ؟) أي: نصيبَ الغائب ـ وهو نصفُ المدفوع ـ إن هلكَ الباقي في القسمة، أو لا يضمنُ؛ لأنَّ لأحد الشَّريكين أن يَنتفعَ بحصَّته في المثليِّ. قال بالأوَّل الإمامُ، وبالثَّاني الصَّاحبان. واعلم أنَّهم قالوا: إذا دفعَ لا يكون قسمةً اتِّفاقاً، حتَّى إذا هلكَ الباقي؛ رجعَ الغائبُ على الآخذ بحصَّتِه.

وفي «الهنديَّة»: إذا دفعَ المودَعُ إلى الحاضر نِصفَها، ثمَّ هلكَ ما بقيَ وحضرَ الغائبُ، قال أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان الدَّفعُ بقضاءٍ؛ فلا ضمانَ على أحدٍ، وإن كان بغير قضاءٍ، فإنَّ الذي حضرَ اتَّبعَ الدَّافعَ بنصف ما دفعَ ويرجعُ به الدَّافعُ على القابض، وإن شاءَ أخذَ من القابض نصفَ ما قبضَ. كذا في «الذَّخيرة»[1]. فإن هلكَ ما في يد المودَعِ؛ هلكَ أمانةً بالإجماع. «ينابيع». ولو هلكَ المقبوضُ في يد القابض؛ فليس له أن يُشاركَ فيما بقيَ. «غاية البيان»[2]. فأفادَ أنَّ المودَعَ لو دفعَ الكلَّ لأحدهما بلا قضاءٍ، وضمَّنَه الآخرُ حصَّتَه من ذلك؛ فله الرُّجوعُ بما ضَمِنَه على القابض، وهذا على قول أبي يوسفَ.

(قوله: فِي «الدُّرَرِ»: نَعَمْ[3]) أي: يَضمنُ، في «فتاوى قاضيخان» ما يُفيدُه، ولفظُه: ثلاثةٌ أودعوا رجلاً مالاً وقالوا: "لا تدفعِ المالَ إلى أحدٍ منَّا حتَّى نجتمعَ"، فدفعَ نصيبَ أحدهم، قال محمدٌ: في القياس يكون ضامناً، وبه قال أبو حنيفةَ، وفي الاستحسانِ: لا يَضمنُ، وهو قولُ أبي يوسفَ. اهـ[4]. فلو لم يقل: "لا تَدفعْ حتَّى نجتمعَ": هل يَضمنُ بالدَّفع

(١) «الذخيرة البرهانية»: ٨/ ١٤٢- ١٤٣.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٥٥.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٦.

(٤) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٣٧- ٣٣٨.

وفي «البحر»: الاستحسانُ لا، فكان هو المختارَ. **(فَإِنْ أَوْدَعَ رَجُلٌ عِنْدَ رَجُلَيْنِ مَا يُقْسَمُ؛**

أي: بناءً على الاستحسان الذي يأتي ذكرُه قريباً؟ ظاهرُ تقييدهم: أنَّه لا يَضمنُ إلا أن يَأتِيا بالوديعةِ حاملَيْن لها وسلَّماها كذلكَ، أمَّا إذا سلَّمَها أحدُهما بحضرة الآخر؛ فظاهرٌ أنَّه يدفعُ لمن سلَّمَه، وحضورُ الآخر لا يقتضي كونَه مُودِعاً؛ لجواز أن يكون شاهداً له ونحوه. كذا أفاده الحمويُّ[1].

من مناقب الإمام: أنَّ اثنين أودعا الحمَّاميَّ شيئاً، فخرجَ أحدُهما وأخذَ الوديعةَ وانصرفَ، فخرجَ الآخرُ وطَلَبها منه، فلم يُخبِرْه الحمَّاميُّ واستمهلَه، وانطلقَ إلى الإمام رَحِمَهُ اللَّهُ، فأخبره، فقال له: "قل له: أنا لا أُعطي الوديعةَ إلا لكما معاً"، فانصرفَ ولم يَعُدْ. زيلعي[2].

(قوله: **وَفِي «الْبَحْرِ»**[3]... **إلخ**) أي: في المثلي كالمثال الذي ذكره في «البحر» عن «الخانيَّة»، أمَّا في القيميِّ؛ فيضمنُ اتِّفاقاً؛ لأنَّه لا يُقسمُ بدون حضور الشَّريك أو نائبه.

(قوله: **فَكَانَ هُوَ الْمُخْتَارَ**) تعقَّبَه المقدسيُّ فقال: كيف يكون هو المختارَ مع أنَّ سائرَ المتون على قول الإمام؟! وقال الشَّيخُ قاسمٌ: اختارَ قولَ الإمام النَّسفيُّ والمحبوبيُّ والموصليُّ وصدرُ الشَّريعة[4]. وقال المقدسيُّ: وقولُ بعضهم: عدمُ الضَّمان هو المختارُ مستدلّاً بكونه الاستحسانَ مخالفٌ لِمَا عليه الأئمَّةُ الأعيانُ، بل غالبُ المتون عليه متَّفقون. كذا في «حاشية أبي السُّعود» عن الحمويِّ[5].

---

(١) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٨٢/ آ شهيد علي باشا عن خط المقدسي

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٠ بتصرف.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٨.

(٤) «شرح الوقاية»: ٤/ ٢٥٧، «التصحيح والترجيح»: ص٣٠١.

(٥) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٨٢/ آ شهيد علي باشا، «فتح المعين»: ٣/ ٢٠٨.

اقْتَسَمَاهُ وَحَفِظَ كُلٌّ نِصْفَهُ) كمرتهنَين، ومستبضعينِ، ووصيَّيْن، وعدلَيْ رهنٍ، ووكيلَيْ شراءٍ، **(وَلَوْ دَفَعَهُ)** أحدُهما **(إِلَى صَاحِبِهِ ضَمِنَ)** الدَّافعُ، **(بِخِلَافِ مَا لا يُقْسَمُ)** ....

(قوله: اقْتَسَمَاهُ) أي: الرَّجلانِ المودَعانِ بفتح الدال، وذكرُ الرَّجل استطراديٌّ.

(قوله: وَحَفِظَ كُلٌّ) أي: كلُّ واحدٍ منهما **(نِصْفَهُ)** لأنَّه لا يمكنُ الاجتماعُ على حفظها، وحفظُ كلِّ واحدٍ منهما للنِّصف دلالةً، والثَّابتُ بالدِّلالة كالثَّابت بالنصِّ.

(قوله: وَعَدْلَيْ رَهْنٍ) أي: العدلين اللَّذَين وُضعَ عندهما الرَّهنُ، فهو بفتح العين تثنيةُ: عَدْلٍ كذلك، فإنَّهما يقتسمانِ المثليَّ ويحفظُ كلٌّ نصيبَه، فإن دفعَ أحدُهما نصيبَه إلى الآخر؛ ضمنَ ما دَفعَ.

(قوله: وَمُوَكِّلَيْ شِرَاءٍ) بأن دفعَ لهما ألفاً يشتريانِ به عبداً؛ اقتسما الألفَ، فإن دفعَ أحدُهما نِصفَه؛ ضمنَ الدَّافعُ. وأجمعوا أنَّ المدفوعَ إليه لا يضمنُ؛ لأنَّه مودَعُ المودَع. «هنديَّة».

(قوله: ضَمِنَ) أي: النِّصفَ فقط.

(قوله: الدَّافِعُ) أي: لا القابضُ؛ لأنَّه مودَعُ المودع. «بحر»[1]. وهذا عند أبي حنيفةَ، وقالا: لا يضمنان به. كذا أفاده مسكين[2]. ومثلُه في «الهداية»[3]. وقولُ أبي حنيفة أقيسُ؛ لأنَّ رضاهُ بأمانةِ اثنين لا يكون رضىً بأمانةِ واحدٍ، فإذا كان الحفظُ مما يتأتَّى منهما عادةً؛ لا يَصيرُ راضياً بحفظ أحدهما للكلِّ كما في «البيانيَّة».

(قوله: بِخِلَافِ مَا لا يُقْسَمُ) فسَّرَ ما لا يُقسمُ بالمكيلات والموزونات، ومثلُهما: كلُّ

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٩.

(٢) «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٣٤.

(٣) «الهداية»: ٣/ ٢١٥.

لجواز حفظِ أحدهما بإذن الآخر.

(وَلَوْ قَالَ: "لَا تَدْفَعْ إِلَى عِيَالِكَ"، أَوِ "احْفَظْ فِي هَذَا البَيْتِ"، فَدَفَعَهَا إِلَى مَا لَا بُدَّ مِنْهُ، أَوْ حَفِظَهَا

ما لا يتعيَّبُ بالتَّقسيم، وما لا يُقسمُ هو ما يتعيَّبُ بالتَّقسيم الحسيِّ. اهـ مكي. قال السيِّدُ الحمويُّ: وإذا لم تمكن القسمةُ فيما لا يُقسمْ؛ كان لهما التَّهايؤُ في الحفظ. كذا في «الخلاصة». فلو دَفعَه زائداً على زمن التَّهايؤ يُنظرُ. اهـ[1].

(قوله: لِجَوَازِ حِفْظِ أَحَدِهِمَا بِإِذْنِ الآخَرِ) أقول: الصَّوابُ في التَّعليل أن يقول: لأنَّه لَمَّا أودَعَهما مع علمه بأنَّهما لا يجتمعانِ على حفظها دائماً؛ كان راضياً بحفظ أحدهما.

(قوله: فَدَفَعَهَا إِلَى مَا لَا بُدَّ مِنْهُ) من عياله وغيرهم، كدفعِ الدَّابَّة إلى عبده، وما يحفظُه النِّساءُ إلى عِرسِه. «درر»[2]. وهذا إنَّما يظهرُ في صورةِ ما إذا مَنعَه عن الدَّفع إلى بعضٍ معيَّنٍ من عياله، لا في النَّهي عن الدَّفع إلى العيال مطلقاً. ثمَّ عدمُ الضَّمان فيما إذا دفعَ إلى بعضِ عياله وقد نُهيَ عن الدَّفع إليه محلُّه: إذا كانت الوديعةُ مما يُحفظُ في يد مَن مَنعَه، أمَّا لو كانتْ لا تُحفظُ عنده عادةً، فنهاهُ عن الدَّفع إليه، فدَفَعَ؛ ضَمنَ، كما لو كانت الوديعةُ فرساً فمنعَه من دفعِها إلى امرأته، أو عقدَ جوهرٍ فمنعَه من دفعِه إلى غلامه، ودَفَعَ؛ ضَمنَ. أفاده الزَّيلعيُّ[3]. ومن حوادث الفتوى: شرطَ على المودَع الحفظَ بنفسه، فحفظَ بزوجته: هل يَضمنُ للمخالفة أو لا؟ والذي يظهرُ من كلامهم: عدمُ الضَّمان. حموي. وأقول: ينبغي أن يُقيَّدَ عدمُ الضَّمان بالدَّفع إلى الزَّوجة: بما إذا كانت الوديعةُ نحوَ عِقْدٍ، فلو كانت نحوَ فرسٍ ضَمنَ. أبو السُّعود[4].

(١) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٨٢/ آ شهيد علي باشا.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٧.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨١.

(٤) «فتح المعين»: ٣/ ٢٠٩.

فِي بَيْتٍ آخَرَ مِنَ الدَّارِ، فَإِنْ كَانَتْ بُيُوتُ الدَّارِ مُسْتَوِيَةً فِي الحِفْظِ) أو أحرَزَ (لَمْ يَضْمَنْ،

وفيه: قولُه: وإن كان له منه بُدٌّ هذه المسألةُ صادقةٌ بصورتين: الأولى: أن تكون الوديعةُ شيئًا خفيفًا يمكن المودَعَ الحفظُ بنفسه كالخاتم، فإنَّه يَضمنُ بدفعِه إلى عياله. الثَّانيةُ: أن يكون له عيالٌ سوى مَنْ منعَه من الدَّفع إليه. «بحر»[1].

فإن قلت: هذا إنَّما يتَّجهُ أنْ لو مَنعَه من الدَّفع إلى بعضٍ معيَّنٍ من عياله، وهو خلافُ ما يُستفادُ من قول المصنِّف: (ولو قال لا تدفعْ إلى عيالك).

قلتُ: مبنى هذا الإشكال ما هو المتبادرُ من أنَّ قولَه: "وإن كان له منه بُدٌّ" مرتبطٌ بقوله: (ولو قال: لا تدفعْ إلى عيالك)، وليس كذلكَ، ولهذا شرحَ العينيُّ قولَ المصنِّف ـ أي: «الكنز» ـ: وإن كان له منه بُدٌّ[2] بقوله: بأن نهاهُ أن يدفَعَها إلى امرأتِه فلانةٍ وله امرأةٌ أخرى، أو نهاه أن يُسلِّمَها إلى غلامِه فلانٍ وله غلامٌ آخرُ، فخالَفَه. اهـ[3].

(قوله: لَمْ يَضْمَنْ) لأنَّه لا يمكِنُه الحفظُ مع مراعاة شرطه؛ لأنَّ التَّقييدَ غيرُ مفيدٍ؛ لأنَّ الدَّارَ حرزٌ واحدٌ، بدليل أنَّ السَّارقَ إذا أخذَ من بيتٍ من الدَّار، فنقلَ إلى بيتٍ آخرَ؛ لم يُقطعْ لعدم هتكِ الحرز، والحرزُ الواحدُ لا فائدةَ في تخصيص بعضِه دون بعضٍ، وما لا فائدةَ في تخصيصه في الأمر يَسقطُ في الإيداع، كما لو قال: "احفَظْها بيمينك دون شمالك"، أو "ضَعْها في يمين البيت دون يساره"، وكما لو قال: "في كيسكَ هذا"، فوَضعَها في غيره، أو "في الصُّندوق"، أو "احفظْ في الصُّندوق ولا تحفظْ في البيت"، فحَفظَ بالبيت؛ فإنَّه لا يَضمنُ. لكن قد يُفرَّقُ بين الحرز في السَّرقة والحرزِ في الوديعة،

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٩.

(٢) «كنز الدقائق»: ص٥٣٢.

(٣) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨١.

....

وذلك أنَّ المعتبرَ في قطع السَّارق هتكُ الحرز، وذلك لا يتفاوَتُ باعتبار المحروزات، والمعتبرُ في ضمان المودع التَّقصيرُ في الحفظ، ألا ترى أنَّه لو وَضعَها في داره الحصينةِ فخرجَ وكانت زوجتُه غيرَ أمينةٍ؛ يَضمنُ، ولو أحدٌ سَرقَها يُقطعُ؛ لأنَّ الدَّارَ حرزٌ، وإنَّما ضَمنَ للتَّقصير في الحفظ. ولو وَضعَها في الدَّار وخرجَ والبابُ مفتوحٌ، ولم يكن في الدَّار أحدٌ، أو في الحمَّام، أو المسجد، أو الطَّريق، أو نحو ذلك وغابَ؛ يَضمنُ مع أنَّه لا يُقطعُ سارِقُها، ونظائرُ هذا كثيرةٌ. فإذا اعتبرْنا هنا الحرزَ المعتبرَ في السَّرقة؛ لزمَ أن لا يَضمنَ في هذه المسائل ونحوها، فيلزمُ مخالفةُ ما أطبقوا عليه في هذا الباب، فظهرَ يقيناً صحَّةُ ما قلنا من الفرق. واللهُ تعالى أعلمُ.

قال في «البزَّازيَّة»: ولو قال: "وضعتَها بين يديَّ وقمتَ، ونسيتُها فضاعتْ"؛ يَضمنُ. ولو قال: "وضعْتَها بين يديَّ في داري" والمسألةُ بحالها: إنْ مما لا يُحفظُ في عَرصة الدَّار كصُرَّة النَّقدين يَضمنُ، ولو كان مما يعدُّ عَرصَتُها حِصناً له لا يَضمنُ. اهـ[1]. ومثلُه في «الخلاصة» و«الفصولين» و«الذَّخيرة» و«الخانيَّة» وغيرها. وظاهرُه: أنَّه يجب كلُّ شيءٍ في حرز مثلِه، وفي السَّرقة يُعتبرُ في ظاهر المذهب كلُّ ما كان حرزاً لنوعٍ فهو حرزٌ لكلِّ الأنواع. وعليه فقد ظهرَ الفرقُ بين الحرزين، ففي السَّرقة يُقطعُ بسرقةِ لؤلؤةٍ من إصطبلٍ، ولو كانت وديعةً وَضعَها في الإصطبل وهلكتْ؛ يضمنُ المودَعُ؛ لأنَّ الإصطبلَ ليس حرزَ مثلها. وبه ظهرَ جوابُ حادثةٍ، وهي أنَّ مُودَعاً وَضعَ بَقْجَةَ شالٍ غاليةَ الثَّمن في إصطبلٍ فسُرقتْ. والجوابُ: أنَّه يَضمنُ وإن قُطعَ سارِقُها. واللهُ تعالى أعلمُ.

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٢٠.

وَإِلَّا ضَمِنَ) لأنَّ التَّقييدَ مُفيدٌ.

(قوله: وَإِلَّا ضَمِنَ) أي: في المسألتين، وهي: دفعُها إلى مَنْ لا بُدَّ منه، بأن دَفعَها إلى من له منه بُدٌّ، أي: انفكاكٌ وفرقةٌ. والثَّانيةُ: حِفظُها في بيتٍ آخرَ والبيوتُ مستويةٌ، بأن حَفظَها في بيتٍ والبيوتُ مختلفةٌ. قال في «البدائع»: والأصلُ المحفوظُ في هذا الباب ما ذكرنا: أنَّ كلَّ شرطٍ يمكن مراعاتُه ويُفيدُ والعملُ به ممكنٌ؛ فهو معتبرٌ، وكلُّ شرطٍ لا يمكن مراعاتُه ولا يُفيدُ؛ فهو هدرٌ[1]، وهنا إنَّما ضمنَ؛ لأنَّ التَّقييدَ مُفيدٌ كما قال الشَّارحُ، كما إذا ظهرَ البيتُ المنهيُّ عنه إلى السكَّة كما في «البحر»[2]. أي: فإنَّه يضمنُ؛ لأنَّه متعدٍّ؛ لأنَّ من العيال مَنْ لا يُؤتمنُ على المال، أي: فيما إذا نهاهُ عن الدَّفع إلى زوجته أو غلامه وللمودَعِ زوجةٌ أو غلامٌ آخرُ ولتفاوُتِ البيوت في الحفظ. بقيَ: لو أمرَه بالحفظ في دارٍ، فحفظَ في دارٍ أخرى، فالذي ذكره شيخُ الإسلام الضَّمانُ وإن كانت الثَّانيةُ أحرزَ. والذي في «شرح الطَّحاويِّ»: إذا كانت الدَّارُ التي خَبأَها فيها والدَّارُ الأخرى في الحرز على السَّواء، أو كانت التي خبأها فيها أحرزَ؛ فلا ضمانَ عليه، سواءٌ نهاهُ عن الخبءِ فيها أو لم يَنهَه. كذا في «المحيط»[3]. ولو قال: احفَظْها في هذه البلدة ولا تحفَظْها في بلدةٍ أخرى، فحَفِظَها في البلدة المنهيَّة؛ ضمنَ بالاتِّفاق. اهـ «هنديَّة»[4].

(قوله: لِأَنَّ التَّقْيِيدَ مُفِيدٌ) أي: والنَّهيُ عن الوضع في الدَّار الأخرى مفيدٌ؛ لأنَّ الدَّارَيْن يختلفانِ في الأمن والحفظ، فصحَّ الشَّرطُ وأمكن العملُ به. وأمَّا البيتان في دارٍ واحدةٍ؛

(١) «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢١٠.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٤.

(٣) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٣٠.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤١.

(وَلَا يَضْمَنُ مُودَعُ المُودَعِ) فيَضمنُ الأوَّلُ فقط إن هلكتْ بعد مفارقتِه، وإنْ قبلَها ......

فقلَّما يَختلفانِ في الحِرْزِ، فالمتمكِّنُ من الأخذ من أحدهما يتمكَّنُ من الأخذ من الآخر، فصار الشَّرطُ غيرَ مفيدٍ وتعذَّرَ العملُ به أيضاً، فلا يُعتبرُ. وكذا الصُّندوقانِ، فإنَّ تعيينَ الصُّندوق في هذه الصُّورة لا يفيدُ، فإنَّ الصُّندوقين في بيتٍ واحدٍ لا يَتفاوتان ظاهراً، إلا أن يكون لهما ـ أي: للبيت والصُّندوق ـ خللٌ ظاهرٌ، فحينئذٍ يفيدُ الشَّرطُ ويضمنُ بالخلاف. وكذا لو كانت البيتُ أو الصُّندوقُ المأمورُ بالحفظ فيه أحرزَ من المنهيِّ عن الوضع فيه، فحينئذٍ يضمنُ أيضاً كما بيَّنَّا. وذكر شيخُ الإسلام خُواهر زادهْ: أنَّه يضمنُ بالحفظ المنهيِّ عنه مطلقاً كما في «الظَّهيريَّة». وعليه كلامُ «الذَّخيرة» كما علمتَه من كلام «الهداية[1]» المارِّ قريباً.

(قوله: وَلَا يَضْمَنُ مُودَعُ المُودَعِ) أي: بالهلاك عنده، أمَّا لو استهلكَه؛ ضَمِنَ، ومودَعُ الغاصب لو ردَّه على الغاصب بَرِئَ، كما أنَّ غاصبَ الغاصب لو ردَّ على الغاصب بَرِئَ كما سيذكرُه في الغصب. ذكره الخيرُ الرَّمليُّ[2].

(قوله: فَيَضْمَنُ الأَوَّلُ) إذا دفعَ إلى غير مَنْ في عياله بغير إذنٍ ولا ضرورةٍ كحرقٍ. «در منتقى»[3]. وإنَّما ضمنَ الأوَّلُ؛ لأنَّه تركَ الحفظَ، دون الثَّاني؛ لأنَّه أخذَ المال من أمينٍ ولم يتركِ الحفظَ، وهذا قولُ الإمام. وعندهما: يُضمِّنُ المالكُ أيَّهما شاءَ، فإن ضمَّنَ الأوَّلَ لم يرجعْ على الثَّاني؛ لأنَّه مَلكَه بالضَّمان، فظهرَ أنَّه أودَعَ ملكَ نفسه، وإن ضمَّنَ الثَّانيَ رجعَ على الأوَّلِ؛ لأنَّه عاملٌ له، فيَرجعُ عليه بما لَحقَه من العُهدة. لهما: إنَّ الأوَّلَ جنى بالتَّسليم

(١) كذا في بولاق، والصواب: (الهندية).

(٢) «لوائح الأنوار»: ق٧٢/ب ولي الدين.

(٣) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٤٣ (بهامش مجمع الأنهر).

إلى الثَّاني بغير إذن المالك، والثَّاني تعدَّى بالقبض بلا إذنه، فيميلُ المالكُ إلى أيِّهما شاءَ. وللإمام: إنَّ الأوَّلَ لا يضمنُ بالدَّفع إلى الثَّاني ما لم يُفارقْه؛ لأنَّ حِفظَه لا يفوتُ ما دامَ في مجلسه، والمالكُ إنَّما رضيَ بحفظه ورأيِه، لا بصورةِ[1] يده، بدليل أنَّها لو هلكتْ قبل أن يُفارقَه لا يضمنُ واحدٌ منهما بالإجماع، فإذا فارَقَ الأوَّلُ الثَّانيَ ضَمِنَ؛ لأنَّه صار مُضيِّعاً، والثَّاني أمينٌ استمرَّ على الحالة الأولى ولم يوجدْ منه تعدٍّ، ولم يكن مُتعدِّياً من الابتداء بالقبض، فلا يَنقلبُ متعدِّياً من غير إحداثِ فعلٍ. زيلعي[2].

وهنا ضمنَ في إيداعٍ قصديٍّ؛ لأنَّه لو كان ضَمنياً قيل: لا يَضمنُ، كما لو دخلَ الحمَّامَ ووضعَ دراهمَ الوديعة مع ثيابه بين يدي الثِّيابيِّ، قيل: يَضمنُ؛ لأنَّه إيداعُ المودَع كما قدَّمْناه عن «جامع الفصولين» معزيّاً «للذَّخيرة». وفيه معزيّاً «للمحيط»: لا يضمنُ؛ لأنَّه إيداعٌ ضمنيٌّ، وإنَّما يضمنُ بإيداعٍ قصديٍّ. اهـ[3]. ومن هذا القبيل: ما في «الدُّرَر»: أودَعَ حرٌّ عبداً محجورا، فأودعَ المحجورُ محجوراً مثلَه وضاعَ المودَعُ؛ ضمنَ الأوَّلُ فقط بعد العتق؛ لأنَّه سلَّطَه على إتلافه وشرطَ عليه الضَّمانَ، فصحَّ التَّسليطُ وبطلَ الشَّرطُ في حقِّ المولى، ولا يضمنُ الثَّاني؛ لأنَّه مودَعُ المودع[4]. وصورةُ المسألة: أودَعَ عند رجلٍ وديعةً، فأودَعَها المودَعُ عند شخصٍ آخرَ من غير عياله، فهلكتْ. مسكين[5].

---

(١) في بولاق: (بسورة)، وهو تصحيف.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٢.

(٣) «جامع الفصولين»: ٢/ ١٠٦.

(٤) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٨.

(٥) «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٣٥.

لا ضمانَ. ولو قال المالكُ: "هلكتْ عند الثَّاني"، وقال: "بل رَدَّها وهلكتْ عندي"؛ لم يُصدَّقْ، وفي الغصب منه يُصدَّقُ؛ لأنَّه أمينٌ. «سراجيَّة». وفي «المجتبى»: القصَّارُ إذا غَلطَ، فدفعَ ثوبَ رجل لغيره، فقطعَه؛ فكلاهما ضامنٌ. وعن محمدٍ: أصابَ الوديعة

(قوله: لا ضَمَانَ) لأنَّ حفظَه لا يفوتُ ما دام في مجلسه... إلخ، ولو استهلكَ الثَّاني الوديعةَ؛ ضمنَ بالاتِّفاق، ولصاحبِ الوديعة أن يضمِّنَ الأوَّلَ ويرجعُ على الثَّاني، وأن يُضمِّنَ الثَّاني ولا يرجعُ. ط[1].

(قوله: لَمْ يُصَدَّقْ) لأنَّه يدَّعي زوالَ سبب الضَّمان بعد ثبوته، والمالكُ يُنكرُه، فالقولُ للمالك بيمينه والبيِّنةُ للمودَع. قال في «جامع الفصولين»: لم يُصدَّقْ؛ لأنَّه أقرَّ بوجوب الضَّمان عليه، ثمَّ ادَّعى البراءةَ، فلا يُصدَّقُ إلا ببيِّنةٍ. اهـ[2]. ووجوبُ الضَّمان عليه هنا كونُه أودَعَ عند الغير، والإيداعُ إلى الغير مُوجبٌ للضَّمان، فلا يُصدَّقُ في رفع الموجَب.

(قوله: وَفِي الغَصْبِ مِنْهُ يُصَدَّقُ) يعني: لو غصبَ الوديعةَ من المودَع غاصبٌ وهلكتْ، فأراد المالكُ أن يُضمِّنَ الغاصبَ، فقال المودَعُ: "ردَّه عليَّ وهلك عندي"، وقال: "لا بل هلكَ عنده"؛ فالقولُ قولُ المودَع؛ إذ لم يفعلِ المودَعُ ما يُوجبُ الضَّمانَ، فهو على ما كان أمينٌ عند الردِّ وقبله وبعده، بخلاف دفعِه للأجنبيِّ؛ لأنَّه موجبٌ للضَّمان. سائحاني.

(قوله: لِأَنَّهُ أَمِينٌ) ولم يوجدْ منه تعدٍّ يوجبُ الضَّمانَ.

(قوله: فَكِلَاهُمَا ضَامِنٌ) أي: كلٌّ من القصَّار وقاطع الثَّوب، وللمالك الخيارُ في تضمين أيِّهما شاءَ، فإن ضمَّنَ القصَّارَ؛ رجعَ بما ضَمنَه على قاطع الثَّوب، وإن ضمَّنَ القاطعَ؛ لا

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٢.

(٢) «جامع الفصولين»: ٢/ ١٠٣.

شيءٌ، فأمرَ المودَعُ رجلاً ليعالِجَها، فعطبتْ من ذلك؛ فلرَبِّها تضمينُ مَن شاءَ، لكن إن ضمَّنَ المعالِجَ رجعَ على الأوَّل إن لم يَعلمْ أنَّها لغيره، وإلا لم يَرجعْ. اهـ.

رجوعَ له على القصَّار. ونظيرُ هذه المسألة ذكره مؤيَّد زاده عن «جامع الفصولين»: لو دفعَ القصَّارُ إلى المالك ثوبَ غيره، فأخذَه على ظَنٍّ أنَّه له؛ ضَمِنَ، والجهلُ فيه ليس بعذرٍ. طلبَ ثوبَه من قصَّارٍ، فقال: "دفعتُ ثوبك إلى رجلٍ ظننتُ أنَّه ثوبُه"؛ ضمنَ القصَّارُ، كثيابيِّ حمَّامٍ سَلَّمَ إليه رجلٌ ثيابَه ليحفظَها، فقال الثِّيابيُّ: "خرج رجلٌ ولبسَ ثيابَكَ، فظننتُ أنَّها له". اهـ[١].

(قوله: فَلِرَبِّهَا تَضْمِينُ مَنْ شَاءَ) المودَعِ؛ لتعدِّيه بما لم يُؤمَرْ به، والمعالجِ؛ لمباشرته سببَ الهلاك. ط[٢].

(قوله: رَجَعَ عَلَى الأَوَّلِ) في «جامع الفصولين» رامزاً «للذَّخيرة»: مرضتْ دابَّةُ الوديعة، فأمرَ المودَعُ إنساناً فعالَجَها؛ ضمَّنَ المالكُ أَيَّهما شاءَ، فلو ضمَّن المودَعَ لا يرجعُ على المعالجِ، ولو ضمَّنَ المعالجَ رجعَ على المودع، عَلَمَ أنَّها للغير أو لا، إلا إن قال المودَعُ: ليست لي ولم أُومرْ بذلك، فحينئذٍ لا يَرجعُ. اهـ[٣]. تأمَّلْ. ومثلُه في «نور العين» رامزاً «للأستروشنيَّة» و«مجموع النَّوازل»[٤].

لكن قال في «الهنديَّة»: فإن ضمَّنَ المودعَ لا يرجعُ على أحدٍ، وإن ضمَّنَ المعالجَ: إن عَلِمَ أنَّها ليستْ له لا يرجعُ عليه، وإن لم يعلمْ أنَّها لغيره أو ظنَّها؛ رجعَ عليه[٥]. ومثلُه في

---

(١) «جامع الفصولين»: ٢/ ١٣١.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٢.

(٣) «الذخيرة البرهانية»: ٨/ ١٣٢، «جامع الفصولين»: ٢/ ١٠٥.

(٤) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٢٥.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٧ عن «الجوهرة النيرة».

....

القُهُستانيّ. وهذا هو المناسبُ لِمَا هنا. وأمَّا ما ذكرَه في «الفصولين» ـ واستظهره صاحبُ «الدُّرَر» ـ من أنَّه يَرجعُ وإن علمَ أنَّ المودَعَ غاصبٌ في معالجة الوديعة بلا إذنِ صاحبها[1]، وما ذكره من قوله: (خلافاً لِمَا نقله القهستانيُّ... إلخ) يوافقُ ما ذكره الشَّارحُ فيما لو عالَجَ الوديعةَ بإذن المودَع كما نبَّهَ عليه. فليتأمَّلْ.

اللهمَّ إلا أن يحملَ قولُه: "إلا إن عَلمَ" أي: بإخبار المودع صراحةً، بأن قال للمعالج: ليستْ لي ولم أومرْ بذلك، وأمَّا إذا لم يقل ذلك؛ فلا يُعدُّ عالماً.

وبه يحصلُ التَّوفيقُ بين كلام الشَّارح و«الهنديَّة» وبين «الجامع» و«نور العين» وإن لم أره مسطوراً في كلامهم. واللهُ تعالى أعلمُ.

وأقول: خلاصةُ ما ذكرناه: أنَّ صاحبَ الدَّابَّة إذا ضمَّنَ من عالَجَها بأمر المودَع فعطبتْ؛ يَرجعُ على المودَع، إلا إذا قال المودَعُ حين دَفعَها للمعالج: "ليستْ لي ولم أؤمرْ بذلكَ" على ما في «الفصولين»، ومثلُه في «نور العين» عن «الأستروشنيَّة»[2].

وفي «الهنديَّة» عن «الجوهرة» والشَّارح عن «المجتبى»: إنَّ صاحبَ الدَّابَّة إذا ضمَّنَ من عالَجَها فعطبتْ يرجعُ على المودع إن لم يعلمْ ـ أي: المعالِجُ ـ أنَّها لغير المودَع، وإلا لم يَرجعْ[3]، وهذا الذي يعوَّلُ عليه حيث صرَّح في صدر عبارته بالرِّواية عن الإمام محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فلا يعدلُ عنه. واللهُ تعالى أعلمُ.

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٧، «جامع الفصولين»: ٢/ ١٠٥.

(٢) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٢٥.

(٣) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٥٠، «المجتبى»: ٣/ ٤٩٩، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٧.

(بِخِلَافِ مُودَعِ الغَاصِبِ) فيُضمِّنُ أيّاً شاءَ، وإذا ضمَّنَ المودَعَ؛ رجعَ على الغاصب وإن علمَ على الظَّاهر ....

(قوله: بِخِلَافِ مُودَعِ الغَاصِبِ) قال في «البحر»: والفرقُ بينهما على قول أبي حنيفةَ: أنَّ مودَعَ الغاصب غاصبٌ؛ لعدم إذن المالك ابتداءً وبقاءً، وفي الأوَّل ليس بغاصبٍ؛ لأنَّه لا يضمنُ المودَعُ بمجرَّد الدَّفع ما لم يُفارقْه، فإن فارقَه؛ صار مُضيِّعاً لها وقت التَّفريق؛ لترك الحفظ الملتزم بالعقد، والقابضُ منه لم يكن متعدِّياً بالقبض، بدليل عدم وجوب الضَّمان بالهلاك قبل أن يُفارقَه الأوَّلُ، وبعد الافتراق لم يُحدثْ فعلاً آخرَ، بل هو مستمرٌّ على ذلك الفعل، بل هو أمينٌ فيه، فلا يضمنُ ما لم يوجدْ منه تعدٍّ. اهـ[1].

(قوله: فَيُضَمِّنُ أَيّاً شَاءَ) قال في «شرح الزِّيادات»: رجلُ غصبَ جاريةً، فأودَعَها رجلاً، فأبقتْ منه ثمَّ استُحقَّتْ؛ كان له الخيارُ يضمِّنُ أيَّهما شاءَ، فإن ضمَّنَ الغاصبَ برئَ المودَعُ وكانت الجاريةُ ملكاً للغاصب، وإن ضمَّنَ المودِعَ؛ كان للمودع أن يَرجعَ على الغاصب بما ضمنَ؛ لأنَّه عاملٌ له، وتصيرُ الجاريةُ بنفس تضمينه ملكاً للغاصب، حتَّى لو أعتقَها الغاصبُ جازَ، ولو أعتقَها المودَعُ لا يجوزُ، ولو كانت مَحْرَماً من الغاصب؛ عتقتْ عليه، لا على المودَع إذا ضمنَها؛ لأنَّ قرارَ الضَّمان على الغاصب؛ لأنَّ المودَع وإن جازَ تضمينُه، فله الرُّجوعُ بما ضمنَ على الغاصب، والمودَعُ لكونه عاملاً له فهو كوكيل الشِّراء. ولو اختارَ المودَعُ بعد تضمينه أخذَها بعد عودها، ولا يرجعَ على الغاصب؛ لم يكن له ذلكَ. وإن هلكتْ في يده بعد العود من الإباق؛ كانت أمانةً، وله الرُّجوعُ على الغاصب بما ضمنَ، وكذا إذا ذهبتْ عينُها، وللمودَع حبسُها عن الغاصب

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٩.

....

حتَّى يُعطيَه ما ضَمنَه للمالك، فإذا هلكتْ بعد الحبس؛ هلكتْ بالقيمة، وإن ذهبتْ عينُها بعد الحبس؛ لم يضمَنْها كالوكيل بالشِّراء؛ لأنَّ الغايةَ وصفٌ، وهو لا يُقابلُه شيءٌ، ولكن يتخيَّرُ الغاصبُ: إن شاءَ أخذَها وأدَّى جميعَ القيمة، وإن شاءَ تركَ كما في الوكيل بالشِّراء. ولو كان الغاصبُ أجَرَها أو رَهنَها؛ فهو والوديعةُ سواءٌ، وإن أعارها أو وَهبَها، فإن ضمنَ الغاصبُ؛ كان الملكُ له، وإن ضمنَ المستعيرُ أو الموهوبُ له؛ كان الملكُ لهما؛ لأنَّهما لا يَستوجبانِ الرُّجوعَ على الغاصب، فكان قرارُ الضَّمان عليهما، فكان الملكُ لهما. ولو كان مكانَهما مشترٍ فضمنَ؛ سَلِمت الجاريةُ له، وكذا غاصبُ الغاصب إذا ضمنَ مَلَكَها؛ لأنَّه لا يَرجعُ على الأوَّل، فتَعتقُ عليه لو كانت مَحرَماً منه. وإن ضمنَ الأوَّلُ مَلَكَها، فتَعتقُ عليه لو كانت مَحرَمَه، ولو كانت أجنبيَّةً؛ فللأوَّل الرُّجوعُ بما ضمنَ على الثَّاني؛ لأنَّه مَلَكَها، فيصيرُ الثَّاني غاصباً ملكَ الأوَّل، وكذا لو أبرأهُ المالكُ بعد التَّضمين أو وَهبَها له؛ كان له الرُّجوعُ على الثَّاني. وإذا ضمَّنَ المالكُ الأوَّلَ ولم يُضمِّن الأوَّلُ الثَّانيَ حتى ظهرت الجاريةُ؛ كانت ملكاً للأوَّل، فإن قال: أنا أسلِّمُها للثَّاني وأرجعُ عليه؛ لم يكن له ذلكَ؛ لأنَّ الثَّاني قَدَرَ على ردِّ العين، فلا يجوزُ تضمينُه. وإن رجعَ الأوَّلُ على الثَّاني ثمَّ ظهرتْ؛ كانت للثَّاني. اهـ. وتمامُ التَّفريعات فيه، فليراجِعْه من رامه.

مطلبٌ: مودَعُ الغاصب لو استهلَكَها لا يرجعُ على الغاصب إذا ضمنَها، وإذا ضمنَها الغاصبُ يرجعُ على المودَع

قال المقدسيُّ: قلتُ: فلو استهلَكَها مودَعُ الغاصب، فغرمَ الغاصبُ؛ ينبغي أن يَرجعَ، ولو غرمَ هو لا يَرجعُ.

«درر». خلافاً لِمَا نقلَه القهستانيُّ والباقانيُّ والبُرجُنديُّ وغيرُهم[1]. فتنبَّهْ.

(مَعَهُ أَلْفٌ، ادَّعَى رَجُلَانِ كُلٌّ مِنْهُمَا أَنَّهُ لَهُ أَوْدَعَهُ إِيَّاهُ، فَنكَلَ عَنِ الحَلِفِ لَهُمَا؛ ....

(قوله: «دُرَر»[2]) وجزمَ به في «البحر»[3]، وأصلُه في «التَّبيين»[4]، وعبارتُه: ثمَّ مودَعُ الغاصب إن لم يَعلمْ أنَّه غاصبٌ؛ رجعَ على الغاصب قولاً واحداً، وإن عَلِمَ؛ فكذلك في الظَّاهر. وحكى أبو اليُسْر: أنَّه لا يرجعُ، وإليه أشار شمسُ الأئمَّة. ذكره في «النِّهاية»[5].

(قوله: خِلَافاً لِمَا نَقَلَهُ القُهُسْتَانِيُّ... إلخ) أي: من أنَّه لا يَرجعُ، وهو الموافقُ لِمَا جزمَ به الشَّارحُ فيما لو عالَجَ الوديعةَ بإذن المودع كما مرَّ التَّنبيهُ عليه. وعبارةُ القهستانيِّ: وإنَّما يَرجعُ على الغاصب إذا لم يعلمْ أنَّه غصبٌ كما في «العماديَّة»[6]. اهـ[7].

(قوله: فَتَنَبَّهْ) أشارَ بالتَّنبيه إلى ما حرَّرْناه قريباً. أقول: والحاصلُ: أنَّ المودَعَ لو دفعَ الوديعةَ إلى أجنبيٍّ بلا عُذرٍ؛ فللمالك أن يُضمِّنَه فقط لا رجوعٍ على الثَّاني، إلا إذا استهلَكَها. وعندهما: له أن يُضمِّنَ أيّاً شاءَ، فإن ضمَّنَ الثَّانيَ رجعَ على الأوَّل. وأجمعوا على ذلك في الغاصب مع مودَعه، فللمالك تضمينُ أيٍّ شاءَ، لكن إن ضمَّنَ الثَّانيَ رجعَ على الأوَّل بما ضمنَ إن لم يَعلمْ أنَّها غصبٌ كما في القُهستانيِّ عن «العماديَّة»[8].

(قوله: فَنكَلَ لَهُمَا) أي: أنكرَ وليس له عليهما بيِّنةٌ. وصورُ هذه المسألة ستَّةٌ: أقرَّ

(١) «جامع الرموز»: ص٤٥٥، «شرح النقاية»: ق٢٦٠/ آ راغب باشا.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٧.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٩.

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٢.

(٥) «النهاية»: ٩/ ٦٠ ط العلمية.

(٦) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٧/ ب فيض الله عن «مجموع النوازل».

(٧) «جامع الرموز»: ص٤٥٥.

(٨) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٧/ ب فيض الله.

فَهُوَ لَهُمَا، وَعَلَيْهِ أَلْفٌ آخَرُ بَيْنَهُمَا) ولو حلفَ لأحدهما ونكلَ للآخر؛ فالألفُ لمن نكلَ له.

لهما، نكلَ لهما، حلفَ لهما، أقرَّ لأحدهما ونكلَ للآخر أو حلفَ، نكلَ لأحدهما وحلفَ للآخر. واعلم أنَّه إذا حلفَ لأحدهما؛ لم يُقضَ له حتَّى يحلِّفَه الثَّاني ليَنكشفَ وجهُ القضاء، بخلاف ما لو أقرَّ لأحدهما ليحكمَ له؛ إذ الإقرارُ حجَّةٌ بنفسه، والنُّكولُ حجَّةٌ بالقضاء، ولذا لو نكلَ فحلفَ برئَ. مقدسي. وفيه: ولو قال: أودعنيها أحدُكما؛ فليس له الامتناعُ إن اصطَلَحا، وليس عليه ضمانٌ ولا استحلافٌ، فإن لم يَصطَلِحا؛ فلكلٍّ أن يَستحلفَ كما تقدَّم. وتمامُ تفصيلها في الزَّيلعيِّ[1].

(قوله: فَهُوَ لَهُمَا) لعدم الأولويَّة، وعليه ألفٌ آخرُ؛ لإقراره به أو لبذله إيَّاه على اختلاف الأصلين، ولأيِّهما بدأ القاضي بالتَّحليف جازَ؛ لتعذُّرِ الجمع بينهما أو عدم الأولويَّة. والأَوْلى عند التَّشاحن أن يُقرعَ بينهما تطييباً لقلوبهما ونفياً لتُهمة الميل، فإن نكلَ للأوَّل؛ لا يَقضي به ليَنكشفَ وجهُ القضاء هل هو لهما أو لأحدهما، ولا ضررَ عليه في التَّأخير؛ لأنَّه لا يَقضي للمتقدِّم حتَّى يحلفَ للمتأخِّر.

(قوله: وَلَوْ حَلَفَ لِأَحَدِهِمَا) في التَّحليف للثَّاني يقول: باللهِ ما هذه العينُ له ولا قيمَتُها؛ لأنَّه لو أقرَّ بها للأوَّل؛ ثبتَ الحقُّ فيها، فلا يُفيدُ إقرارُه بها للثَّاني، فلو اقتصرَ على الأوَّل لكان صادقاً. «بحر»[2].

(قوله: فَالأَلْفُ لِمَنْ نَكَلَ لَهُ) دون الآخر؛ لوجود الحجَّة في حقِّه دونه، ولو حلفَ لهما؛ فلا شيءَ لهما لعدم الحجَّة. زيلعي[3].

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٢- ٨٣.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٩.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٢.

(دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفًا وَقَالَ: "ادْفَعْهَا اليَوْمَ إِلَى فُلَانٍ"، فَلَمْ يَدْفَعْهَا حَتَّى ضَاعَتْ؛ لَمْ يَضْمَنْ) إذ لا يلزَمُه ذلك، (كَمَا لَوْ قَالَ: ....

(قوله: دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ أَلْفًا وَقَالَ: "ادْفَعْهَا اليَوْمَ"... إلخ) أقول: ذكرَ في «الخانيَّة» قولين في المسألة إذا كان بعد الطَّلب، قال: مودعٌ قال له ربُّ الوديعة: "إذا جاءَ أخي فرُدَّ عليه الوديعةَ"، فلمَّا طلبَ أخوه منه قال له المودَعُ: "بعد ساعةٍ أدفعُها إليكَ"، فلمَّا عادَ إليه قال له: "هلكتْ"؛ لا يُصدَّقُ؛ لأنَّه متناقضٌ ويكون ضامناً. وقال الشَّيخُ الإمام أبو بكرٍ محمدُ بنُ الفضل: إذا طلبَ المودعُ وقال: "اطلُبْها غداً"، فأعيدَ الطَّلبُ في الغد فقال: قد ضاعتْ؛ روي عن أصحابنا: أنَّه يُسألُ المودَعُ: "متى ضاعتْ؟"، إن قال: "ضاعتْ بعد إقراري"؛ لا يَضمنُ، وإن قال: كانت ضائعةً وقت إقراري؛ لا يُقبلُ قولُه؛ لأنَّه متناقضٌ ويكون ضامناً؛ لأنَّ قولَه: "اطلُبْها غداً" إنَّما يكون للشَّيء القابل. اهـ[1]. وقدَّمْنا الكلامَ عليه بأوضحَ من ذلك.

(قوله: فَلَمْ يَدْفَعْهَا... إلخ) أي: إذا لم يطلُبْها المأمورُ بدفعها إليه، أمَّا لو طَلَبَها فمَنَعَها منه؛ فهو كما لو مَنَعَها من مالكها. وقد تقدَّم الكلامُ فيه.

فرعٌ: في «البزَّازيَّة»: له على رجلٍ دَيْنٌ، فأرسلَ الدَّائنُ إلى مديونه رجلاً ليقبِضَه، فقال المديونُ: "دَفعتُه إلى الرَّسول"، وقال ـ أي: الرَّسولُ ـ: "دَفعتُه إلى الدَّائن"، وأنكره الدَّائنُ؛ فالقولُ قولُ الرَّسول مع يمينه. اهـ[2]. لكن الذي في «نور العين»: القولُ للمرسِل بيمينه[3]. فتأمَّلْ. وفي «البزَّازيَّة» أيضاً: قال الدَّائنُ: "ابعثِ الدَّينَ مع فلانٍ"، فضاعَ من يد الرَّسول؛ ضاعَ من المديون[4].

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٤٤، وفيه: (القائم) بدل (القابل).

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٢٧.

(٣) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٢٤.

(٤) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٢٧

"احْمِلْ إِلَيَّ الوَدِيعَةَ"، فَقَالَ: "أَفْعَلُ"، وَلَمْ يَفْعَلْ حَتَّى مَضَى اليَوْمُ) وهلكتْ؛ لم يضمنْ؛ لأنَّ الواجبَ عليه التَّخليةُ. «عماديَّة»[1]. (قَالَ) ربُّ الوديعة (لِلْمُودَعِ: "ادْفَعِ الوَدِيعَةَ إِلَى فُلَانٍ"، فَقَالَ: "دَفَعْتُ"، وَكَذَّبَهُ) في الدَّفع (فُلَانٌ، وَضَاعَتْ) الوديعةُ؛ (صُدِّقَ المُودَعُ مَعَ يَمِينِهِ) لأنَّه أمينٌ. «سراجيَّة»[2]. (قَالَ) المودَعُ ابتداءً: ("لَا أَدْرِي كَيْفَ ذَهَبَتْ؟" لَا يَضْمَنُ عَلَى الأَصَحِّ، كَمَا لَوْ قَالَ: "ذَهَبَتْ وَلَا أَدْرِي كَيْفَ ذَهَبَتْ؟") فإنَّ القولَ قولُه، بخلاف قوله: "لا أدري أضاعتْ أم لم تَضِعْ"، أو "لا أدري وضَعْتُها أو دفَنْتُها في داري

(قوله: "احْمِلْ إِلَيَّ") أي: اليومَ كما في «الهنديَّة»[3]. ويؤخذُ من السِّياق واللَّحاق.

(قوله: وَضَاعَتْ) يعني: غابتْ ولم تظهرْ، ولا حاجةَ إليه.

(قوله: صُدِّقَ المُودَعُ مَعَ يَمِينِهِ) أي: في براءة ذمَّتِه من الوديعة، لا في إلزام المدفوع إليه.

(قوله: لا يَضْمَنُ عَلَى الأَصَحِّ) مقتضاهُ: أنَّ الأجيرَ المشتركَ لا يضمنُ، لكن أفتى الخيرُ الرَّمليُّ بالضَّمان في «حاشية الفصولين» حيث قال: وفي «البزَّازيَّة» في متفرِّقات الإجارة من نوع في المتفرِّقات: دفعَ إلى المشترك ثوراً للرَّعي، فقال: "لا أدري أين ذهبَ الثَّورُ"؛ فهو إقرارٌ بالتَّضييع في زماننا. اهـ[4]. ولا يخفى أنَّه ليس مذهبَ أبي حنيفةَ، وانظرْ إلى قوله: في زماننا. اهـ[5].

(قوله: بِخِلَافِ قَوْلِهِ: "لَا أَدْرِي أَضَاعَتْ أَمْ لَمْ تَضِعْ") هذا مخالفٌ لِمَا في «جامع

---

(١) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٩/ آ فيض الله.

(٢) «الفتاوى السراجية»: ص٣٦١- ٣٦٢.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٥٢.

(٤) «الفتاوى البزازية»: ١/ ٤٦٧.

(٥) «اللآلئ الدرية»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ١٠٣ (بهامش جامع الفصولين).

أو موضعٍ آخرَ"، فإنَّه يَضمنُ، ولو لم يُبيِّنْ مكانَ الدَّفن، لكنَّه قال: "سُرقتْ من المكان المدفونِ فيه"؛ لا يَضمنُ. وتمامُه في «العماديَّة»[1].

الفصولين» و«نور العين» وغيرهما من أنَّه لا يَضمنُ على الأصحِّ [2]، وهكذا رأيتُه في نسخة «المنح»[3]، لكن لفظة "لا" ملحقةٌ بين الأسطر، وكأنَّها ساقطةٌ من النُّسَخ، فنقلَها الشَّارحُ هكذا. فتنبَّهْ. ثم نقلَ في «العماديَّة» بعدها: ولو قال: "لا أدري أضيَّعْتُها أم لم أضيِّعْ"، يَضمنُ؛ لأنَّه نسبَ الإضاعةَ إلى نفسه، فكان ذلك تعدِّياً منه[4] كما يأتي قريباً.

(قوله: لا يَضْمَنُ) أي: إن كان للكرم أو للدَّار بابٌ، وإن لم يكن لهما بابٌ يَضمنُ. «هنديَّة» عن «المحيط»[5]. وفي «نور العين» عن قاضيخان: قال: "وَضعْتُها في داري فنسيتُ المكانَ"؛ لا يضمنُه. ولو قال: "وضعتُها في مكانٍ حصينٍ فنسيتُ الموضعَ"؛ ضَمِنَ؛ لأنَّه جهلَ الأمانةَ كما لو مات مجهِّلاً[6]. صع: وقيل: لا يَضمنُ، كقوله: "ذهبتْ ولا أدري كيف ذهبتْ". ولو قال: "دفنتُ في داري أو في موضعٍ آخرَ"؛ ضَمِنَ، ولو لم يُبيِّنْ مكانَ الدَّفن ولكن قال: "سُرقتْ من مكانٍ دفنتْ فيه"؛ لم يَضمنْ. «عدة»: لو دَفنَها في الأرض يبرأُ لو جعلَ هنالك عَلَامةً، وإلا فلا. وفي المفازة ضَمِنَ مطلقاً. ولو دَفنَها في الكرم يبرأُ لو حصيناً، بأن كان له بابٌ مغلقٌ، ولو وَضعَها بلا دفنٍ؛ برئَ لو موضعاً لا يدخلُ فيه أحدٌ بلا إذنٍ. اهـ[7].

---

(١) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٦/آ فيض الله.

(٢) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٠٦.

(٣) «منح الغفار»: ق٥٢١/آ فيض الله.

(٤) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٦/آ فيض الله.

(٥) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٣٣، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٣.

(٦) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٢٨.

(٧) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٠٧.

أقول: ولا تنسَ ما قدَّمْناه من أنَّه إذا كان الموضعُ حِرزاً لتلك الوديعة، وإلا يَضمنُ مطلقاً، ومن أنَّ العبرةَ للعُرف كما نقلناه عن «البزَّازيَّة». فتأمَّل.

وفيه: توجَّهتِ اللُّصوصُ نحوَه في مفازةٍ، فدَفنَها حذراً، فلمَّا رجعَ لم يَظفرْ بمحلِّ دفنه: لو أمكَنَه أن يجعلَ فيه عَلَامةً ولم يفعلْ؛ ضَمِنَ، وكذلك لو أمكنَه العودُ قريباً بعد زوال الخوف فلم يَعُدْ، ثمَّ جاءَ ولم يَجِدْها، لا لو دَفنَها بإذن ربِّها. فظ: وَضعَها في زمان الفتنة في بيتٍ خرابٍ؛ يَضمنُ لو وَضعَها على الأرض، لا لو دَفنَها. اهـ[1]. وفي «الهنديَّة» عن «النَّوازل»: إذا قال المودَعُ: "سقطتِ الوديعةُ أو وقعتْ منِّي"؛ لا يَضمنُ، ولو قال: "أسقطتُ" أو "تركتُها"؛ يَضمنُ. قال الشيخُ الإمامُ ظهيرُ الدِّين المرغينانيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَضمنُ في الوجهين؛ لأنَّ المودَعَ لا يَضمنُ بالإسقاط إذا لم يتركِ الوديعةَ ولم يَذهبْ، والفتوى عليه. كذا في «الخلاصة». ولو قال: "لا أدريْ أضاعت أو لم تَضِعْ"؛ لا يضمنُ، ولو قال: "لا أدري أضيَّعْتُها أم لم أضيِّعْ"؛ يَضمنُ. كذا في «الفصول العماديَّة»[2]. اهـ[3]. وقدَّمْنا وجهَه؛ لأنَّه نسبَ الإضاعةَ إلى نفسه، فهذا وجهُ ما نقلناه، وهي مسألةٌ أخرى، بخلاف قوله: "ذَهبتْ ولا أدري كيف ذهبتْ"، وقولِه: "أضاعتْ أم لم تضعْ... إلخ"، فلا فرقَ بينهما؛ لأنَّ مؤدَّى العبارتين واحدٌ كما لا يخفى على من تأمَّل. فتدبَّرْ.

قال في «نور العين»: ولو قال: "أسقطتُ" أو "تركْتُها"[4]؛ ضَمِنَ. كذا في ث[5]. وطعنوا أنَّ

---

(١) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٠٧-١٠٨.

(٢) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٦/ آ فيض الله.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٢.

(٤) كذا في بولاق، والعبارةُ في «نور العين» فارسية هكذا: (أسقطت أو بيفكدم).

(٥) هذا رمز «المختلفات» لأبي الليث.

مجرَّدَ الإسقاط ليس بسببِ ضمانٍ؛ إذ لو أسقَطَها فرَفعَها ولم يَبرحْ حتَّى هلكتْ؛ يَبرأُ، فهنا لا يضمنُ بمجرَّد قوله: "أسقطتُ"، بل بشرط أن يقول: "أسقطتُ" وتركت"، أو "أسقطتُ وذهبت"، أو "أسقطتُ في الماء"، ونحوه. وقالوا في قوله: "سقطتْ" أو "وقعتْ": ينبغي الضَّمانُ للسُّقوط بتقصيرٍ في الشدِّ، أو في جعلِها في محلٍّ لا يحتمِلُها، فيكون كحمَّالٍ. وذكر أنَّه ينبغي أن لا يَضمنَ بمجرَّد قوله: "أسقطتُ" أو "تركتُ"؛ إذ لا يُفرِّقُ العامَّةُ بين: "سقطتْ" و"أسقطتُ". ولو قال: "ضاعتْ"؛ فالقولُ له. ولو قال: "لم يذهبْ من مالي شيءٌ"؛ لا يَضمنُ، ولو قال: "ذهبتْ ولا أدري كيف ذهبتْ"؛ فالقولُ له بيمينه، ولو قال ابتداءً: "لا أدري كيف ذهبتْ"؛ اختلفَ فيه المتأخِّرون، والأصحُّ: أنَّه لا يضمنُ. اهـ[1].

أقول: لكن قدَّمْنا عن العلَّامة الخير الرَّمليِّ: أنَّه أفتى بالضَّمان مُعلِّلاً بأنَّه تضييعٌ في زماننا، فلا تنسَه. وفيه: المودَعُ لو سقطَ شيءٌ من يده على الوديعة يَضمنُ. اهـ. وفيه: نامَ ووَضعَها تحت رأسه أو بجنبه؛ يبرأُ، وكذا بوضعه بين يديه في الصَّحيح، قالوا: يبرأُ في الفصل الثَّانيَ لو نامَ قاعداً، ولو مُضطجعاً؛ ضمنَ في الحضر لا في السَّفَر. «عدة»: يبرأُ لو قاعداً لا لو واضعاً جنبَه على الأرض، وفي السَّفر لا يَضمنُ، ولو مضطجعاً جعلَ ثيابَ الوديعة تحت جنبه: لو قصدَ به السَّرقةَ ضمنَ، لا لو للحفظ. ولو جعلَ الكيسَ تحت جنبه؛ يبرأُ مطلقاً. جعلَ دراهمَ الوديعة في خُفِّه؛ ضمنَ في الأيمن لا في الأيسر؛ لأنَّها في اليمين على شَرَف سقوطٍ عند ركوبه. وقيل: يبرأُ مطلقاً. وكذا لو رَبطَها في طرف كمِّه أو عمامته، وكذا لو شدَّها في منديلٍ ووضعَه في كمِّه؛ يَبرأُ. ولو ألقاها في جيبه ولم تقعْ فيه

---

(١) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٠٦ - ١٠٧.

فروعٌ: هدَّدَ المودَعُ أو الوصيُّ على دفع بعض المالِ: إنْ خاف تلفَ نفسه أو عُضوِه فدفعَ لم يَضمنْ، وإن خافَ الحبسَ أو القيدَ ضَمنَ، وإن خشيَ أخذَ ماله كلِّه؛ فهو عذرٌ،

وهو يظنُّ أنَّها وقعتْ فيه؛ لا يضمنُ. «خلاصة»: ضمنَ. ولو دخلَ الحمَّامَ وهي في جيبه وتركَه في السَّاكودة، فسُرقَ؛ قيل: يَضمنُ. قاضيخان: جعلَها في جيبه وحضرَ مجلسَ فِسقٍ، فضاعتْ بعدما سَكِرَ بسرقةٍ أو سقوطٍ أو نحوهما، قيل: لا يَضمنُ؛ لأنَّه حَفظَها في محلٍّ يحفظُ مالَ نفسه. وقيل: هذا إذا لم يزلْ عقلُه، أمَّا إذا زالَ، فلو بحيث لا يمكنُه حفظُ ماله يضمنُ؛ لأنَّه عجزَ عن الحفظ بنفسه، فيصيرُ مُضيِّعاً أو مُودِعاً غيرَه. اهـ[1].

(قوله: إِنْ خَافَ... إلخ) ظاهرُ صنيعه: أنَّ المنظورَ إليه ما وقعَ عند المودَعِ من خوف تلفِ نفسه، أو عضوه، أو حبسِه، أو أخذِ ماله وإن كان التَّهديدُ مطلقاً، أمَّا إذا كان صريحاً بأحدها؛ فالحكمُ ظاهرٌ. ط[2].

(قوله: وَإِنْ خَافَ الحَبْسَ أَوِ القَيْدَ) أو التَّجريسَ كما في «الهندية»[3].

(قوله: وَإِنْ خَشِيَ أَخْذَ مَالِهِ كُلِّهِ فَهُوَ عُذْرٌ) لأنَّه يُؤدِّي إلى تلف نفسه، بخلافِ ما لو أبقيَ له قوتُ الكفاية. وفي «الهنديَّة»: سلطانٌ هدَّدَ المودَعَ بإتلاف ماله إن لم يدفعْ إليه الوديعةَ؛ ضمنَ إن بقيَ له قدرُ الكفاية، وإن أخذَ كلَّ ماله؛ فهو معذورٌ ولا ضمانَ عليه. كذا في «خزانة المفتين»[4]. قال ط: ولم يُبيِّنْ ما المرادُ بقدر الكفاية: هل كفايةُ يومٍ، أو شهرٍ، أو العمر الغالب؟ فيحرَّرُ. اهـ[5]. والظَّاهرُ: أنَّ المرادَ بها هنا: كفايةُ شهرٍ أو يومٍ.

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٤٣- ٣٤٤.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٣.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٦.

(٤) «خزانة المفتين»: ج٢/ ق٢٣٨/ ب محمد عاصم، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٦- ٣٤٧.

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٣.

كما لو كان الجابرُ هو الآخذَ بنفسه، فلا ضمانَ. «عماديَّة»[١].

خِيفَ على الوديعة الفسادُ؛ رَفَعَ الأمرُ للحاكم ليبيعَه، ولو لم يَرفعْ حتَّى فسدَ فلا ضمانَ.

ولو أنفقَ عليها بلا أمرِ قاضٍ؛ فهو متبرِّعٌ.

(قوله: كَمَا لَوْ كَانَ الجَائِرُ هُوَ الآخِذَ بِنَفْسِهِ، فَلَا ضَمَانَ) أي: من غير تفصيلٍ كما يؤخذُ من «المنح»[٢].

(قوله: رَفَعَ الأَمْرَ لِلْحَاكِمِ) أي: على سبيل الأولويَّة.

(قوله: لِيَبِيعَهُ) وإن لم يكن في البلد قاضٍ؛ باعَها وحَفظَ ثمنَها. «هنديَّة»[٣]. ولو أنفقَ عليها بلا أمرِ قاضٍ؛ فهو متبرِّعٌ، ولو لم يُنفقْ عليها المودَعُ حتَّى هلكتْ؛ يَضمنُ، لكن نفقَتُها على المودِع. منلا علي عن «حاوي الزَّاهديِّ». وفي «التَّاترخانيَّة»: غابَ ربُّ الوديعة ولا يُدرى أحيٌّ هو أو ميِّتٌ؛ يمسِكُها حتَّى يعلمَ موتَه ولا يتصدَّقُ بها، بخلاف اللُّقَطة. وإن أنفقَ عليها بلا أمر القاضي؛ فهو متطوِّعٌ، ويسألُه القاضي البيِّنةَ على كونها وديعةً عنده، وعلى كون المالك غائباً، فإن برهَنَ، فلو مما يُؤجرُ ويُنفقُ عليها من غلَّتِها؛ أمَرَه به، وإلا يأمُرُه بالإنفاق يوماً أو يومينِ أو ثلاثةً رجاء أن يَحضرَ المالكُ، لا أكثر، بل يأمُرُه بالبيع وإمساكِ الثَّمن. وإن أمَرَه بالبيع ابتداءً؛ فلصاحبها الرُّجوعُ عليه به إذا حَضرَ، لكن في الدَّابَّة يَرجعُ بقدر القيمة لا بالزِّيادة، وفي العبد بالزِّيادةِ على القيمة بالغةً ما بلغتْ. ولو اجتمعَ من ألبانها شيءٌ كثيرٌ، أو كانتْ أرضاً فأثمرتْ، وخافَ فسادَه، فباعَه بلا أمر القاضي، فلو في المصر أو في موضعٍ يتوصَّلُ إلى القاضي قبل أن يَفسدَ ذلك؛ ضَمِنَ[٤].

(١) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٩/آ فيض الله.

(٢) «منح الغفار»: ق٥٢١/آ فيض الله.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٤ عن «السراج الوهاج».

(٤) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٥٦- ٥٧.

قرأ من مصحفِ الوديعة أو الرَّهْن، فهلكَ حالةَ القراءة؛ لا ضمانَ؛ لأنَّه له وِلايةَ هذا التَّصرُّف. «صيرفيَّة». قال: وكذا لو وضعَ السِّراجَ على المنارة.

وفيها: أودَعَ صكّاً وعرَّفَ أداءَ بعض الحقِّ، وماتَ الطَّالبُ، وأنكرَ الوارثُ الأداءَ؛ حبسَ المودَعُ الصكَّ أبداً.

(**قوله: فَهَلَكَ حَالَ القِرَاءَةِ**) نصَّ على المتوهَّم، فلا ضمانَ بعدها بالأَوْلى.

(**قوله: لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةَ هَذَا التَّصَرُّفِ**) أي: وهو القراءةُ، وسيأتي آخرَ العارية ما نصُّه: (أمَّا كتبُ العلم؛ فينبغي أن يجوزَ النَّظرُ فيها إذا كانت لا تتضرَّرُ بالنَّظر والتَّقليب، ويكون كالاستظلال بالحائط والاستضاءةِ بالنَّار، لا سيَّما إذا كان مودعاً، وعادةُ النَّاس في ذلك المساهلةُ والمسامحةُ، والاحتياطُ عدمُ النَّظر إلا بأمرٍ).

(**قوله: وَكَذَا لَوْ وَضَعَ السِّرَاجَ**) أي: سراجَ الوديعة (**عَلَى المَنَارَةِ**) أي: على محلِّ النُّور، فإنَّه لا يضمنُ إذا تلفَ.

(**قوله: أَوْدَعَ صَكّاً**) أي: له، أمَّا إذا كان لغيره وقد أودَعَه هو وجاء الذي له الصكُّ يطلبُه؛ فلا يدفعُه إليه، وعليه الفتوى. «هنديَّة»[1].

(**قوله: وَأَنْكَرَ الوَارِثُ**) أي: وارثُ الطَّالب.

(**قوله: حَبَسَ المُودِعُ الصَّكَّ**) لِمَا فيه من الإضرار، وقد تقدَّم نحوُ هذا في المصنِّف، ولعلَّه محمولٌ على ما إذا كان المكتوبُ عليه يُقرُّ به إذا عُرِضَ عليه، وإلا فمجرَّدُ الخطِّ لا يثبتُ الحقَّ. ثمَّ ظاهرُ كلامه يعمُّ ما لو أنكرَ الوارثُ لكونه لا يعلمُ الدَّفعَ.

(**قوله: أَبَداً**) أن ما لم يُقرَّ الوارثُ بالأداء، أي: بما قبضَ مورِّثُهم.

---

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٢.

وفي «الأشباه»: لا يَبرأُ مديونُ الميت بدفع الدَّيْن إلى الوارث وعلى الميت دينٌ[1].

(قوله: لا يَبْرَأُ مَدْيُونُ المَيِّتِ بِدَفْعِ الدَّيْنِ إِلَى الوَارِثِ) الظَّاهرُ أن يُقيَّدَ عدمُ البراءة بما إذا كان الدَّينُ مُستغرقاً لِمَا دفعَه أو لا، وسواءٌ كان الوارثُ مؤتمناً أو لا. والظَّاهرُ أن يُقيَّدَ عدمُ البراءة بما إذا كان الدَّينُ مستغرقاً لِمَا دفعه والوارثُ غيرَ مؤتمنٍ، كما قُيِّد بهما في المودَع إذا دفعَ الوديعةَ للوارث. حموي[2]. لكن قال في «منية المفتي»: إذا كان للميِّت وديعةٌ عند إنسانٍ وفي التَّركة دَينٌ، فدفعَ المودَعُ الوديعةَ إلى الوارث بغير أمر القاضي؛ يَضمنُ. في يده ألفٌ وديعةٌ لرجلٍ ماتَ وعليه ألفُ درهمٍ دَيْنٌ معروفٌ أنَّه عليه، وتركَ ابناً معروفاً، فقضى المستودعُ الألفَ للغريم؛ لم يَضمنْ؛ لأنَّه قضى إلى مَنْ له الحقُّ، وهو غريمُ الميت، وليس للابن ميراثٌ حتَّى يَقضيَ الدَّينَ. اهـ.

أقول: ولعلَّ عدمَ البراءة بدفع الدَّين إلى الوارث ديانةً، قال في «الفوائد الزَّينيَّة»: ولو قضى المودَعُ بها دَيْنَ المودِع ضمنَ على الصَّحيح. فتأمَّل وراجعْ.

فرعٌ: قال: بعتُ الوديعةَ وقبضتُ ثمنَها؛ لا يضمنُ ما لم يقل: "دفعْتُها للمشتري". «شرح تحفة الأقران». وفي «منية المفتي»: لرجلٍ على آخرَ دَيْنٌ، فقضاهُ، فمنعَه ظُلماً، فماتَ صاحبُ الدَّين؛ فالخصوصةُ في الظُّلم بالمنع للميت، وفي الدَّين للوارث، هو المختارُ. وفيها: ومَنْ أخذَ من السُّلطان مالاً حراماً؛ فحقُّ الخصومة في الآخرة لغاصب الحقِّ مع السُّلطان ومع القابض إن لم يخلِطْه السُّلطانُ، وبعد الخلط يكون مع السُّلطان عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٧.

(٢) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ١٦٤ بتصرف.

ليس للسيِّد أخذُ وديعة العبد.

العاملُ لغيره أمانةً لا أجرَ له، إلا الوصيَّ والنَّاظرَ ....

(قوله: لَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَخْذُ وَدِيعَةِ العَبْدِ) أي: ولو غيرَ مأذونٍ؛ لاحتمال أنَّه مالُ الغير، إلا إذا أقامَ السيِّدُ بيِّنةً على أنَّه مالُه. وقد سلفَ. وفي «البزَّازيَّة»: الرَّقيقُ إذا اكتسبَ واشترى شيئاً من كسبه وأودَعَه، وهلكَ عند المودَعِ؛ فإنَّه يُضمنُه لكونه مالَ المولى، مع أنَّ للعبد يداً معتبرةً، حتَّى لو أودعَ شيئاً وغابَ؛ فليس للمولى أخذُه. انتهى(١). هذا إذا لم يعلمْ أنَّ الوديعةَ كسبُ العبد أو مالُه، أمَّا إذا علمَ ذلك؛ فله حقُّ الأخذ بلا حضور العبد كما نقله في «البزَّازيَّة» عن «الذَّخيرة»(٢). وقد تقدَّمَ ذلك.

(قوله: العَامِلُ لِغَيْرِهِ أَمَانَةً لا أَجْرَ لَهُ إِلَّا الوَصِيَّ) أي: وصي القاضي وقد نَصبَه بأجرٍ، وأمَّا وصيُّ الميت؛ فلا يَستحقُّ الأجرَ كما في «الأشباه» من فن الجمع والفرق في الكلام على أجر المثل نقلاً عن «القنية»(٣). وقد علَّلَ الولوالجيُّ عدمَ صحَّة الأجر له ولو جعلَه المتوفَّى له ليُنفذَ له وصاياهُ: بأنَّه بقبول الوصيَّة صار العملُ واجباً عليه، والاستئجارُ على هذا لا يجوزُ. انتهى(٤).

قال العلَّامةُ الخيرُ الرَّمليُّ: ولا يخفى أنَّ وصيَّ الميِّت إذا امتنعَ عن القيام بالوصيَّة إلا بأجرٍ في مقابلة عملِه لا يُجبرُ على العمل؛ لأنَّه متبرِّعٌ، ولا جبرَ على المتبرِّع، وإذا رأى القاضي أن يعملَ له أجرةً على عمله، وكانت أجرةَ المثل؛ فما المانعُ قياساً واستحساناً؟! وهي واقعةُ الفتوى، وقد أفتيتُ به مِراراً. ولا ينافيه ما في «الولوالجيَّة» كما هو ظاهرٌ؛

(١) «الفتاوى البزازية»: كتاب الدعوى: ٢/ ٨٠.

(٢) «الفتاوى البزازية»: كتاب الدعوى: ٢/ ٨٠.

(٣) «الأشباه والنظائر»: ص٣١٦.

(٤) «الفتاوى الولوالجية»: كتاب الوصايا: ٥/ ٣٧١.

إذا عَمِلا.

قلتُ: فعُلِمَ منه أنْ لا أجرَ للنَّاظر في المسقفِ إذا أُحيلَ عليه المستحقُّونَ، فليُحفظ.

لأنَّ الموضوعَ مُختلفٌ كما يظهرُ بأدنى تأمُّلٍ. اهـ[1]. أقول: إنَّما كان الموضوعُ مُختلفاً؛ لأنَّ موضوعَ مسألة الولوالجيِّ في وجوب العمل بقبول الوصيَّة، وموضوعَ ما ذكره في عدم الجبر على العمل، وهو لا ينافي الوجوبَ. لكن قال الطَّحطاويُّ: وفيه تأمُّلٌ؛ إذ بعد القبول لا يقال: إنَّه متبرِّعٌ[2]. والحاصلُ: أنَّ وصيَّ الميت لا أجرَ له، إلا إذا كان محتاجاً، فله الأكلُ من مال اليتيم بقَدْر عمله، وللقاضي أن يَفرضَ له ذلك، لكن للمستقبل لا لِمَا مضى؛ لشُروعه فيه متبرِّعاً. وأمَّا وصيُّ القاضي، فإن كان محتاجاً فكذلكَ، وإلا فإن نَصبَه القاضي وجعلَ له أجرةَ المثل؛ جازَ، وكذا إذا امتنعَ بعد النَّصْب عن العمل حتَّى يجعلَ له أجرةً؛ لأنَّ وِصايتَه غيرُ لازمةٍ؛ لأنَّ له أن يعزلَ نفسَه، فله أن يَمتنعَ عن المضيِّ في العمل إلا بأجرٍ. وتمامُ الكلام على ذلك في باب الوصيِّ آخرَ الكتاب، فراجعْه إن شئتَ.

(قوله: إِذَا عَمِلَا) فيَستحقَّان أجرةَ المثل. «أشباه»[3]. قال في «القنية»: إذا عيَّنَ القاضي له أجراً؛ فهو له، وإلا فلا. وذكر أنَّ له أجرةَ مثله ولو لم يُعيِّنْه القاضي. وتقدَّم ذلك في كتاب الوقف، وذكره في الوصايا.

(قوله: قُلْتُ) القولُ لصاحب «الأشباه»[4].

(قوله: فَعُلِمَ مِنْهُ أَنْ لا أَجْرَ لِلنَّاظِرِ... إلخ) أي: من قوله: (إذا عملا)، أي: إلا إذا كان

---

(١) «نزهة النواظر»: ٤/ ٤٢٩- ٤٣٢ (ذيل غمز عيون البصائر).

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٣.

(٣) «الأشباه والنظائر»: ص٣١٦.

(٤) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٥.

وفي «الوهبانيَّة»:

وَدَافِعُ أَلْفٍ مُقْرِضاً وَمُقَارِضاً ....

مشروطاً من جهة الواقف. أفاده أبو السُّعود. ووجهُ العلم: أنَّه لا عملَ حينئذٍ. ط[1].

والحاصلُ: أنَّ الواقفَ إن عيَّنَ للنَّاظر شيئاً؛ فهو له كثيراً كان أو قليلاً على حسب ما شَرطَه، عَمِلَ أو لم يعملْ، حيث لم يَشترطْه في مقابلة العمل. وإن لم يُعيِّنْ له الواقفُ وعيَّنَ له القاضي أجرةَ مثله؛ جازَ، وإن عيَّنَ أكثرَ؛ يُمنعُ عند الزَّائدُ عن أجرة المثل. هذا إن عَمِلَ، وإن لم يَعملْ؛ لا يستحقُّ أجرةً، وبمثله صرَّحَ في «الأشباه» في كتاب الدَّعوى[2].

وإن نَصبَه القاضي ولم يُعيِّنْ له شيئاً يُنظرُ: إن كان المعهودُ أن لا يعملَ إلا بأجرة المثل؛ فله أجرةُ المثل؛ لأنَّ المعهودَ كالمشروط، وإلا فلا شيءَ له. وبيانُ تفصيل ذلك مع أدلَّته في كتاب الوقف، فارجعْ إليه.

(قوله: وَدَافِعُ أَلْفٍ مُقْرِضاً وَمُقَارِضاً) قال ابنُ الشِّحنة: مسألةُ البيت من «البدائع»، قال: ولو قال: "خُذْ هذه الألفَ على أنَّ نِصفَها عليك قرضٌ على أن تعملَ بالنِّصف الآخر مضاربةً على أنَّ الرِّبحَ لي"؛ فهذا مكروهٌ؛ لأنَّه شرطَ لنفسه منفعةً في مقابلة القرض، وقد نهى رسولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن قرضٍ جرَّ نفعاً[3]. فإن عَمِلَ هذا ورَبِحَ؛ فالرِّبحُ بينهما نصفانِ؛ لأنَّ المضارِبَ ملكَ نصفَ المال بالقرض، فكان نصفُ الرِّبح له، والنِّصفُ الآخر بضاعةٌ في يده، فرِبحُه لربِّ المال[4].

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٣.

(٢) «الأشباه والنظائر»: أحكام الدين: ص٣١٦.

(٣) رواه الحارث في «مسنده»: ٤٣٧ من حديث علي كرم الله وجهه. وهو ضعيفٌ كما في «نصب الراية»: ٤/ ٦٠.

(٤) «بدائع الصنائع»: ٦/ ٨٣، «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٤٥.

.... وَرِبْحُ القِرَاضِ الشَّرْطُ جَازَ وَيُحْذَرُ

وَإِنْ يَدَّعِي ذُو المَالِ قَرْضًا وَخَصْمُهُ قِرَاضًا فَرَبُّ المَالِ قَدْ قِيلَ أَجْدَرُ

(قوله: وَرِبْحُ القِرَاضِ) أي: لربِّ المال خاصَّةً.

(قوله: الشَّرْطُ جَازَ) ويُجعلُ النِّصفُ بضاعةً، ونماءُ النِّصف القرضِ للمستقرض؛ لأنَّ المضاربةَ لَمَّا فسدتْ باشتراط كلِّ الرِّبح لربِّ المال؛ صارتْ بضاعةً.

(قوله: وَيُحْذَرُ) للنَّهي عن قرضٍ جرَّ نفعًا. وإذا عُلِمَ صحَّةُ الشَّرط؛ فالرِّبحُ الحاصلُ من الألف لهما، والخسرانُ عليهما؛ لأنَّهما شريكانِ في الألف.

(قوله: وَإِنْ يَدَّعِي ذُو المَالِ قَرْضًا وَخَصْمُهُ... إلى آخر البيتين) قال الشَّارحُ: قد اشتملَ البيتانِ على ثلاثِ مسائلَ: الأولى من «الظَّهيريَّة»: لو قال المضاربُ: "دفعتَه إليَّ مضاربةً"، وقال ربُّ المال: "دَفعتُه إليك قرضًا"؛ فالقولُ قولُ ربِّ المال، ومع ذلك لو هلكَ المالُ قبل التَّصرُّف لا ضمانَ على ذي اليد؛ لاتِّفاقهما على قول المالك: "دفعتُ"، فإنَّها لا تُفيدُ ضمانًا قبل التَّصرُّف، وضمنَ بعده. وإن أقاما بيِّنةً؛ فلربِّ المال، فيكون كلٌّ من القول والبيِّنة لربِّ المال. وفي «النِّهاية» و«شرح التَّحرير[1]»: إنَّ القولَ قولُ المضارب، والبيِّنةَ على ربِّ المال[2].

(قوله: فَرَبُّ المَالِ قَدْ قِيلَ أَجْدَرُ) أي: بقبول قوله وإن هلكَ المالُ، فإن كان قبل العمل؛ فلا ضمانَ عليه؛ لاتِّفاقهما على لفظ الدَّفع كما تقدَّم.

(١) في «شرح الوهبانية»: (التجريد)، ولعله الأصوب.

(٢) «النهاية»: كتاب المضاربة: ص٣٥٢ (ت: العتيبي)، «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٤٦.

وَفِي العَكْسِ بَعْدَ الرِّبْحِ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ كَذَلِكَ فِي الإِبْضَاعِ مَا يَتَغَيَّرُ
وَإِنْ قَالَ: قَدْ ضَاعَتْ مِنَ البَيْتِ وَحْدَهَا يَصِحُّ وَيُسْتَحْلَفْ.........

(قوله: وَفِي العَكْسِ) وهذه المسألةُ الثَّانيةُ من «الظَّهيريَّة» أيضاً، وهي عكسُ الأولى: إذا قال المضاربُ بعدما تصرَّفَ وربِحَ: "أقرَضْتَني هذا المالَ والرِّبحُ كلُّه لي"، وقال ربُّ المال: "دَفعتُه إليك مضاربةً بالثُّلث"، أو قال: "دفعتُه إليك بضاعةً" أو قال: "مضاربةً ولم أسمِّ ربحاً"، أو "بربحِ مائةِ درهمٍ"؛ فالقولُ في ذلك قولُ ربِّ المال، وعلى المضارب البيِّنةُ، وفي دعوى البضاعة الرِّبحُ لربِّ المال، وفيما إذا لم يُسَمِّ؛ فالرِّبحُ لربِّ المال وللمضارب أجرُ المثل. وإن أقامَ البيِّنةَ؛ فالبيِّنةُ للعامل، وإن اختلَفا قبل الرِّبح؛ يردُّ المالُ إلى مالكه لعدم لزوم العقد.

(قوله: كَذَلِكَ فِي الإِبْضَاعِ) بأن قال ربُّ المال: "دفعتُه بضاعةً"، والمضاربُ يدَّعي القرضَ؛ فالقولُ لربِّ المال. ولو ادَّعى المضاربةَ وربُّ المال الغصبَ، وضاعَ المالُ قبل العمل؛ فلا ضمانَ، وإن بعد العمل؛ فهو ضامنٌ، وإن أقاما بيِّنةً؛ فالبيِّنةُ للمضارب في الوجهين، وهذه هي المسألةُ الثَّالثةُ. (قوله: مَا يَتَغَيَّرُ) أي: الحكمُ في هذه الصُّورة. وقد قدَّمْنا الكلامَ على هذين البيتين آخرَ كتاب المضاربة.

(قوله: وَإِنْ قَالَ: "قَدْ ضَاعَتْ مِنَ البَيْتِ وَحْدَهَا") مسألةُ البيت من «الواقعات»[1]، وقد ذكرناها في هذا الباب، وهي: المودَعُ إذا قال: "ذهبتِ الوديعةُ من منزلي ولم يذهبْ من مالي شيءٌ"؛ قُبِلَ قولُه مع يمينه كما في «الهنديَّة» و«الكافي» و«جامع الفصولين» و«نور العين» وغيرها[2].

---

(١) «الواقعات» للحسام الشهيد: ق١٧٤/ آ فيض الله.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٥٧ عن «خزانة المفتين»، «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٠٧.

. . . . .فَقَدْ يُتَصَوَّرُ

وَتَارِكُ فِي قَوْمٍ لِأَمْرٍ صَحِيفَةً   فَرَاحُوا وَرَاحَتْ يَضْمَنُ الْمُتَأَخِّرُ

(قوله: فَقَدْ يُتَصَوَّرُ) بأن يَعجلَ السَّارقُ، أو تكونَ هي المقصودةُ، ومعنى (يصحُّ): يُصدَّقُ.

(قوله: وَتَارِكُ) بغير تنوينٍ. (قوله: لِأَمْرٍ) متعلِّقٌ بـ(تارك) أو بـ(صحيفة)، والصَّحيفةُ مثالٌ، وهي قطعةٌ من جلدٍ أو قِرطاسٍ كُتبَ فيه، وقدَّمْنا ذكرَ هذه المسألة. وذكرَ شارحُها العلَّامةُ ابنُ الشِّحنة: أنَّ مسألةَ البيت من قاضيخان قال: قومٌ جلوسٌ في مكانٍ، فقامَ واحدٌ منهم وتركَ كتابَه، ثمَّ قامَ الباقون معـاً، فهلكَ الكتابُ؛ ضَمِنوا جميعـاً؛ لأنَّ الأوَّلَ لَمَّا تركَ الكتابَ عندهم فقد استحفَظَهم، فإذا قاموا وتركوا الكتابَ؛ فقد تركوا الحفظَ الملتزَمَ، فضمنوا جميعـاً. وإن قامَ القومُ واحداً بعد واحدٍ؛ كان الضَّمانُ على آخرهم؛ لأنَّ الآخرَ تعيَّنَ للحفظ، فتعيَّنَ للضَّمان. قال المصنِّفُ: وهذا ليس خاصّـاً بالصَّحيفة، بل يطَّردُ في غيرها أيضـاً. قال ط: وينبغي تقييدُ هذا الفرع بما لا يُقسمُ، فإنَّه إذا كان مما يُقسمُ؛ يكون القائمُ أوَّلاً مُفرِّطـاً بعدم قسمةِ المودع للحفظ(١). اهـ ط(٢).

(قوله: يَضْمَنُ الْمُتَأَخِّرُ) لتعيُّنِه للحفظ، فتعيَّنَ للضَّمان. اهـ عبدُ البرِّ(٣). ومفهومُه: أنَّهم إذا قاموا جملةً ضَمِنوا جميعـاً، وبه صرَّحَ قاضيخان. ويظهرُ لي: أنَّ كلَّ ما لا يُقسمُ كذلك. سائحاني.

(١) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٥٢.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٣- ٣٨٤.

(٣) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٥٢.

وَتَارِكُ نَشْرِ الصُّوفِ صَيْفًا فَعَثَّ ... .

(قوله: وَتَارِكُ نَشْرِ الصُّوفِ صَيْفًا... إلخ) قد اشتملَ البيتانِ على مسألتين من «الظَّهيريَّة»، قال في كتاب الوديعة: إذا أفسَدَها الفأرُ وقد اطَّلعَ المودَعُ على ثقبٍ معروفٍ: إن كان أخبرَ صاحبَ الوديعة أنَّ هنا ثقبَ الفأر؛ فلا ضمانَ، وإن لم يُخبِرْه بعدما اطَّلعَ عليه ولم يسُدَّه؛ ضَمنَ، وهي المسألةُ الثَّانيةُ. والأولى ما قال في «الظَّهيريَّة» عن السيد الإمام أبي القاسمِ: إنَّ الإنسانَ إذا استُودِعَ عنده ما يقع فيه السُّوسُ في زمان الصَّيف، فلم يبردْها في الهواء حتَّى وقعَ فيه السُّوسُ وفسدَ؛ لا يَضمنُ، وهذا عُلِمَ من صورة النَّظم، إلا أنَّه يعلمُ من ذلك الحكمُ في نظيره. انتهى ما ذكره ابنُ الشِّحنة.

قال في «الهنديَّة»: الوديعةُ إذا أفسدَتْها الفأرةُ وقد اطَّلع المودَعُ على ثقبِ الفأرة: إن أخبرَ صاحِبَها أنَّ ههنا ثقبَ الفأرة لا ضمانَ عليه، وإن لم يُخبرْ بعدما اطَّلعَ عليه ولم يَسُدَّه؛ يَضمنُ. كذا في «الفصول العماديَّة»[(١)].

وذكرَ بعدها عبارةَ «الظهيريَّة»، ثمَّ قال: وفي «فتاوى أبي الليث»: إذا كانت الوديعةُ شيئًا يُخافُ عليه الفسادُ وصاحبُ الوديعة غائبٌ، فإن رفعَ الأمرَ إلى القاضي حتَّى يَبيعَه؛ جازَ، وهو الأَوْلى، وإن لم يَرفعْ حتَّى فَسدتْ؛ لا ضمانَ عليه؛ لأنَّه حَفظَ الوديعة على ما أُمرَ به. كذا في «المحيط»[(٢)]. وإن لم يكن في البلد قاضٍ؛ باعَها وحفظَ ثمنَها لصاحبها. كذا في «السراج الوهاج». انتهى[(٣)].

(قوله: فَعَثَّ) العثُّ بالمثلثة: السُّوسُ أو الأرضةُ، وهي دُويبةٌ تأكلُ الصُّوفَ.

(١) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٦/ ب فيض الله، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٤.

(٢) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٣٥.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٤.

لَمْ يَضْمَنْ وَقَرْضُ الفَارِ بِالعَكْسِ يُؤْثَرُ ....
إِذَا لَمْ يَسُدَّ الثَّقْبَ مِنْ بَعْدِ عِلْمِهِ وَلَمْ يُعْلِمِ المُلَّاكَ مَا هِيَ تَنْقُرُ[1]

قلتُ: بقيَ: لو سدَّه مرَّةً، ففتحَه الفأرُ وأفسدَه؛ لم يُذكرْ، وينبغي تفصيلُه كما مرَّ. فتدبَّرْ.

(قوله: لَمْ يُضَمَّنْ) لأنَّه حفظَ الوديعةَ كما أُمرَ به. «محيط»[2]. و(يُضمَّن) بتشديد الميم.

(قوله: وَقَرْضُ الفَأْرِ) الحاصلُ: إنَّه إذا أودَعَه الوديعةَ، فوضعَها في محلٍّ لا ثقبَ فيه، فقرضَها الفأرُ، أو أحرقَتْها النارُ، أو أصابَها بخسٌ - بالباء الموحدة بالتحتية ثمَّ الخاء المعجمة، أي: نقصٌ -، أو أصابَها نَخسٌ - بالنون ثمَّ الخاء، أي: ثقبٌ متَّسعٌ -؛ فلا ضمانَ عليه. وأمَّا إذا كان في المكان الموضوع فيه الوديعةُ ثقبٌ قد اطَّلعَ عليه المودَعُ: إن أخبرَ صاحبَها به فلا ضمانَ عليه، وإن لم يُخبِرْه ولم يسُدَّه يضمنُ. أفاده صاحبُ «الهنديَّة»[3].

(قوله: بِالعَكْسِ يُؤْثَرُ) أي: بالخلاف.

(قوله: وَلَمْ يُعْلِمْ) الواو بمعنى "أو"، فيَنتفي عنه الضَّمانُ بسدِّه أو بإعلام المالك به وإن لم يسُدَّه؛ لأنَّ المالكَ حينئذٍ رضيَ بوضعه فيه على هذا الحال، و(يُعلم) بضم الياء.

(قوله: وَيَنْبَغِي تَفْصِيلُهُ) البحثُ للطَّرسوسيِّ حيث قال: وينبغي أن يكون فيها التَّفصيلُ؛ لأنَّ الأمرَ دائرٌ بين الإعلام للمودع أو السدِّ بدونه، وهو موجودٌ، وارتضاهُ عبدُ البرِّ[4]، وأقرَّه الشرنبلاليُّ[5].

(١) «قيد الشرائد»: الأبيات: ٥٧٨- ٥٨٠، ٥٨٦، ٥٩٢- ٥٩٤: ص١٥١- ١٥٤. وفيه: (النَّقب) بالنون بدل (الثقب).

(٢) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٣٥.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٤.

(٤) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٥٢.

(٥) «تيسير المقاصد»: ص٤٨٣.

تَتِمَّةٌ في ضمان المودِع بالكسر: في قاضيخان: مودِعٌ جعلَ في ثياب الوديعة ثوباً لنفسه، فدَفعَها إلى ربِّها ونسيَ ثوبَه فيها، فضاعَ عنده؛ ضَمِنَ؛ لأنَّه أخذَ ثوبَ الغير بلا إذنه، والجهلُ فيه لا يكون عُذراً. قال في «نور العين»: ينبغي أن تقيَّدَ المسألةُ بما لو كان غيرَ عالمٍ ثمَّ علمَ بذلك وضاعَ عنده، وإلا فلا سببَ للضَّمان أصلاً، فالظَّاهرُ أنَّ قولَه: والجهلُ فيه لا يكون عذراً ليس على إطلاقه. واللهُ تعالى أعلمُ. اهـ ملخَّصاً[١].

قال في «السراجيَّة»: مؤنةُ الردِّ على المالك لا على المودَع[٢]. وإن نَقلَها في بلده من محلَّةٍ؛ فمؤنةُ الردِّ على صاحبها بالاتِّفاق، وكذا إذا سافَرَ فيما يجوزُ له السَّفرُ بها؛ تكون الأجرةُ على المالك. «سراج». أي: أجرةُ الردِّ كما يؤخذُ من سابقه. قال ط: وانظرْ مؤنةَ حمله للإخراج: هل هي على المودَع أو المالك[٣]؟

فروعٌ: ندَّتْ بقرةٌ من الباقورة، وتركَ الرَّاعي اتِّباعَها؛ فهو في سعةٍ من ذلك، ولا ضمانَ عليه فيما ندَّتْ بالإجماع إن كان الراعي خاصّاً، وإن كان مشتركاً؛ فكذلكَ عند أبي حنيفةَ، وعندهما: يضمنُ. وإنَّما لا يضمنُ عنده وإن تركَ الحفظَ فيما ندَّتْ؛ لأنَّ الأمينَ إنَّما يضمنُ بترك الحفظ إذا تركَ بغير عذرٍ، أمَّا إذا تركَ بعذرٍ؛ فإنَّه لا يَضمنُ، كما لو دفعَ الوديعةَ لأجنبيٍّ حالةَ الحريق؛ فإنَّه لا يَضمنُ وإن تركَ الحفظَ؛ لأنَّه تركَ بعذرٍ، كذا هنا، وإنَّما تركَ الحفظَ بعذرٍ كيلا يضيعَ الباقي. وعندهما: يَضمنُ؛ لأنَّه تركَ بعذرٍ يمكن الاحترازُ عنه. قال صاحبُ «الذَّخيرة»: ورأيتُ في بعض النسخ: لا ضمانَ عليه فيما

(١) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١١١٥.

(٢) «الفتاوى السراجية»: ص٣٦٢.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٤.

....

ندَّتْ إذا لم يجدْ من يبعَثُه ليرُدَّها أو يبعثُه ليُخبرَ صاحبَها بذلك، وكذلك لو تفرَّقتْ فِرَقًا ولم يقدرْ على اتِّباع الكلِّ، فاتَّبعَ البعضَ وتركَ البعضَ؛ لا يَضمنُ؛ لأنَّه تركَ حفظَ البعض بعذرٍ. وعندهما: يَضمنُ؛ لأنَّه يمكن الاحترازُ عنه[1]. «عماديَّة» من ضمان الرَّاعي[2].

وفي «فتاوى أبي اللَّيث»: مكَّارٌ حملَ كرابيسَ إنسانٍ، فاستقبلَه اللُّصوصُ، فطرحَ الكرابيسَ وذهب بالحمار، قال: إن كان لا يمكنُه التَّخلُّصُ منهم بالحمار والكرابيس، وكان يعلمُ أنَّه لو حَملَه أخذَ اللُّصوصُ الحمارَ والكرابيسَ؛ فلا ضمانَ عليه؛ لأنَّه لم يتركِ الحفظَ مع القدرة عليه. طرحَ الأمانةَ في السَّفينة وسبحَ في البحر خوفًا من الأسر والقتل؛ لا يَضمنُ.

في «جامع الفصولين» في ضمان الأجير المشترك رامزاً «للذخيرة»: قريةٌ عادَتُهم أنَّ البقَّارَ إذا أدخلَ السَّرحَ في السِّكَك يُرسلُ كلَّ بقرةٍ في سكَّةِ ربِّها ولا يُسلِّمُها إليه، ففعلَ الرَّاعي كذلكَ فضاعتْ بقرةٌ، قيل: يَبرأُ؛ إذ المعروفُ كالمشروط. وقيل: لو لم يُعدَّ ذلك خلافًا يبرأُ. اهـ[3].

والظَّاهرُ: أنَّ القولينِ متقاربانِ إن لم يكونا بمعنىً واحدٍ؛ لأنَّ ذلك إذا كان معروفًا لا يعدُّ خلافًا؛ لأنَّه يكون مأذونًا به عادةً، وقدَّمْنا نحوَ هذه المسألة، وهو ما لو أرسلَ الوكيلُ بالبيع الثَّمنَ إلى الموكِّل مع المكاري ونحوه مما جرتْ به العادةُ، فإنَّه لا يضمنُ، وبه أفتى الخيرُ الرَّمليُّ؛ لأنَّ المعروفَ عرفا كالمشروط شرطًا. ولا فرقَ بين أن تتلفَ أو تَضيعَ أو

---

(١) «الذخيرة البرهانية»: كتاب الإجارات: ١٢/ ٢٣٦.

(٢) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٦٢/ آفيض الله.

(٣) «الذخيرة البرهانية»: كتاب الإجارات: ١٢/ ٢٤٣، «جامع الفصولين»: ٢/ ١٢٤.

....

يأكُلَها الذِّئبُ، إلا إذا نهاهُ ربُّها عنه. قال الرَّمليُّ: ومثلُه: الشَّريكُ، والمزارعُ أيضاً مثلُه، وهو كالمودَع. وهذا إذا كانت العادةُ مطَّردةً، أمَّا إذا لم تكن كذلكَ؛ فلا شُبهةَ في الضَّمان في صورة الضَّياع أو أكلِ الذِّئب. تنبَّه. وهذا أيضاً إذا لم يَخْشَ عليها، أمَّا إذا خَشيَ بأن كان على أهل القرية أعداءٌ يَقصدونَ نهبَ أموالهم أو إتلافَها، أو كانت كثيرةَ اللُّصوص؛ فلا شُبهةَ في الضَّمان. فاعلمْ ذلك. واللهُ تعالى أعلمُ. اهـ.

رجلٌ استعارَ دابَّةً، فنامَ في المفازة ومِقوَدُها في يده، فجاءَ السَّارقُ وقطعَ المقوَدَ بالدَّابَّة؛ لا يضمنُ المستعيرُ؛ لأنَّه لم يتركِ الحفظَ، ولو أنَّ السَّارقَ مدَّ المقودَ من يده وذهبَ بالدَّابَّة ولم يَعلمْ به المستعيرُ؛ كان ضامناً؛ لأنَّه إذا نامَ على وجهٍ يمكن مدُّ المقوَدِ من يده وهو لا يعلمُ به يكون مُضيِّعاً، فإذا نامَ جالساً؛ لا يضمنُ على كلٍّ؛ لأنَّه لو نام جالساً ولم يكن المقودُ في يده، ولكن الدَّابَّةَ تكونُ بين يديه لا يضمنُ، فههنا لا يضمنُ أَوْلى. اهـ.

وفي «البزَّازيَّة» من الوديعة: جعلَ الدَّابَّةَ الوديعةَ في كرمٍ غير رفيعِ الحائط أو لم يكن له حائطٌ؛ يُنظرُ: إن نام المودَعُ ووضعَ جنبَه على الأرض؛ ضمنَ إن ضاعتِ الوديعةُ، وإن قاعداً لا يَضمنُ، وإن في السَّفَر لا يضمنُ وإن نامَ مضطجعاً. اهـ[1]. ومثلُه في «الذَّخيرة» و«عدَّة الفتاوى» و«العماديَّة»[2].

وفي «البزَّازيَّة» أيضاً في العاريَّة ذكرَ ما ذكرَ في «الخانيَّة» قائلاً: وهذا لا يُناقضُ ما مرَّ؛ إذ نومُ المضطجع في السَّفَر ليس بتركٍ للحفظ؛ لأنَّ ذا في نفس النَّوم، وهذا في أمرٍ زادَ على النَّوم. اهـ[3].

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣١٨.

(٢) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٤٦/ ب فيض الله.

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٣١.

كلُّ أمينٍ ادَّعى إيصالَ الأمانة إلى مُستحقِّها قُبِلَ قولُه، كالمودَعِ إذا ادَّعى الردَّ. «أشباه»[1]. ومثلُه ما تقدَّم متناً. المودعُ، أو المستعيرُ، أو المضاربُ، أو المستبضِعُ، أو المساومُ، أو المستأجرُ، أو الأبُ في مال ابنه الصَّغير، أو الوكيلُ، أو الرَّسولُ، أو القاضي، أو أمينُ القاضي، أو المحضِرُ، أو أميرُ العسكر، أو المتولِّي، أو القيِّمُ، أو الدَّلَّالُ، أو السِّمسارُ، أو البيَّاعُ، أو المرتهنُ، أو العدلُ، أو الملتقِطُ، أو آخذُ الآبق، أو الشَّريكُ، أو الحاجُّ عن الغير، أو الأجيرُ الخاصُّ، أو المشتركُ، أو نحوُها إذا ادَّعى الهلاكَ بغير تعدٍّ، أو ادَّعى الردَّ إلى صاحبها؛ يُصدَّقُ مع يمينه؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم أمينٌ، والقولُ قولُ الأمين مع اليمين إن لم يكن له بيِّنةٌ على الردِّ أو الهلاك، وإن كان له بيِّنةٌ؛ فلا يمينَ عليه، وإنَّما طُلبتِ البيِّنةُ لدفع اليمين عنه. فالحاصلُ: أنَّ من تكون العينُ في يده أمانةً إذا ادَّعى ردَّها إلى صاحبها، أو ادَّعى الموتَ أو الهلاكَ؛ يُصدَّقُ مع يمينه بالاتِّفاق، وهذا في الرَّهن قبل قبضه، وأمَّا بعد قبضه؛ فالقولُ للرَّاهن كما سيأتي. سائحاني.

حوَّلَ الأجنبيُّ الوديعةَ عن محلِّها، ثمَّ ردَّها، ثمَّ هلكتْ؛ ضمنَ. قاضيخان.

دفعَ إلى آخرَ قِنّاً مقيَّداً بسلسلةٍ وقال: اذهبْ به إلى بيتك مع هذه السِّلسلة، فذهبَ به بلا سِلسلةٍ، فأبَقَ القنُّ؛ لم يَضمنْ؛ إذ أُمرَ بشيئينِ وقد أتى بأحدهما. «فصولين»[2].

أقول: أي: أُمرَ بالذَّهاب بالقنِّ وأمرَ بالذَّهاب بالسِّلسلة، فلا يضمنُ القنَّ.

وأقول: المتبادرُ من كلامه: أن يكون القِنُ مصحوباً بها، أي: مُسلسلاً، فكأنَّه قال:

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٥.

(٢) «جامع الفصولين»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ٩٩ عن «العدة».

....

اذهبْ به مُسلسلاً، فهو مأمورٌ بالذَّهاب به مسلسلاً، فالمأمورُ به واحدٌ موصوفٌ، فينبغي الضَّمانُ. تأمَّل. رملي[1].

بعثَه إلى ماشيةٍ، فركبَ المبعوثُ دابَّةَ الباعث؛ بَرِئَ لو بينهما انبساطٌ في مثل ذلك، وإلا ضمنَ. «فصولين»[2].

وفيه: دفعَ بعيرَه إلى رجلٍ ليكريَه ويَشتريَ له شيئاً بكِرائه، فعميَ البعيرُ، فباعَه وأخذَ ثمنَه فهلكَ: لو كان في موضعٍ يَقدرُ على الرَّفع للقاضي أو يَستطيعُ إمساكَه أو ردَّه مع العمى؛ ضمنَ قيمَتَه، وإلا بَرِئَ».

أعاره حمارَه وقال: "خُذْ عِذارَه وسُقْه كذلكَ ولا تُخلِّ عنه"، فإنَّه لا يَستمسكُ إلا هكذا، فقال: نعم، فلمَّا مضتْ ساعةٌ خلَّى عذارَه، فأسرعَ في المشي، فسقطَ؛ ضَمِنَ؛ إذ خالَفَ شرطاً مفيداً، فغصبه[3]. أعطاهُ درهماً لينقُدَه، فغَمزَه فانكسرَ؛ بَرِئَ لو أمرَه بغمزه، وإلا ضمنَ. وكذا لو أراهُ قوساً، فمدَّه فانكسرَ؛ فهو على هذا. اهـ[4].

وفيه معزيّاً إلى «فوائد صاحب المحيط»: قال له: "بعتُ دمي منكَ بفلسٍ أو بألفٍ"، فقتلَه الآخرُ؛ يُقادُ، لا لو قال: "اقتُلْني"، فقتلَه؛ لأنَّه إطلاقٌ، فأورثَ شُبهةً، وهو هدرٌ في أصحِّ الرِّوايتين عند أبي حنيفةَ، وتجب الدِّيةُ في ماله في روايةٍ. ولو قال: "اقطعْ يدي أو رِجْلي" أو "اقتُلْ قِنِّي" ففعلَ؛ لم يجبْ شيءٌ بالإجماع؛ إذ الأطرافُ كأموالٍ، فيصحُّ الأمرُ.

---

(١) «اللآلئ الدرية»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ٩٩ (بهامش جامع الفصولين).

(٢) هذه المسألة نقلها في «جامع الفصولين» عن «فوائد صدر الإسلام طاهر بن محمود».

(٣) هذه المسألة نقلها في «جامع الفصولين» عن «التجنيس».

(٤) «جامع الفصولين»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ٩٩-١٠٠.

وقعتْ ببخارى واقعةٌ، وهي رجلٌ قال لآخرَ: "ارمِ السَّهمَ إليَّ حتَّى آخُذَه"، فرمى السَّهمَ إليه بأمره، فأصابَ عينَه فذهبتْ، قال قاضيخان: لم يَضمنْ، كما لو قال له: "اجْنِ عليَّ"، فجنى عليه؛ لم يَضمنْ. وهكذا أفتى بعضُ المشايخ به، وقاسوا على ما لو قال: "اقطعْ يدي... إلخ". وقال صاحبُ «المحيط»: الكلامُ في وجوب القَوَد، أمَّا لا شكَّ أنَّه تجب الدِّيةُ في ماله؛ إذ ذكرَ في الكتاب: لو تَضارَبا بالوكز ـ أي: النَّخس، يقال له بالفارسيَّة: مشت زون ـ فذهبتْ عينُ أحدهما؛ يجب القصاصُ إذا أمكنَ؛ لأنَّه عمدٌ. ص: وإن قال كلُّ واحدٍ منهما للآخر: "ده ده"، وكذا لو بارَزا في خانقاه على وجه التَّعليم أو الملاعبة، فأصابتِ الخشبةُ عَينَه فذهبتْ؛ يُقادُ لو أمكنَ. اهـ[1].

قال في «مجمع الفتاوى»: ولو قال كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه: "ده ده"، ووكزَ كلٌّ منهما صاحبَه وكسرَ سِنَّه؛ فلا شيءَ عليه، بمنزلة ما لو قال: "اقطعْ يدي"، فقَطعَها. قاضيخان. اهـ. والذي ظهرَ لي في وجه ما ذكر في الكتاب: أنَّه ليس من لازمِ قوله: "ده ده" إباحةُ عينه؛ لاحتمال السَّلامة مع المضاربة بالوكزة كاحتماله مع رمي السَّهم، فلم يكن قولُه: "ارمِ السَّهم إليَّ" وقولُه: "ده ده" صريحاً في إتلافِ عضوه، بخلاف قوله: "اقطعْ يدي" أو "اجنُ عليَّ"، فلم يصحَّ قياسُ الواقعة عليه. والمصرَّحُ به أنَّ الأطرافَ كالأموال يصحُّ الأمرُ فيها، وكأنَّ في المسألة قولينِ. تأمَّلْ.

في «جامع الفصولين» رامزاً إلى كتاب «الدَّعاوى والبيِّنات» لصاحب «المحيط»: دفعَ ثوبَه إلى دلَّالٍ ليبيعَه، فساوَمَه ربُّ حانوتٍ بثمنٍ معلومٍ، وقال: "أحضِرْ ربَّ الثَّوب

(١) «جامع الفصولين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٢/ ١٠٠.

لأُعطيَه الثَّمنَ"، فذهبَ وعادَ، فلم يوجدِ الثَّوبُ في الحانوت وربُّ الحانوت يقول: "أنت أخذتَه"، وهو يقول: "ما أخذتُه بل تركتُه عندكَ"؛ صُدِّقَ الدَّلَّالُ مع يمينه؛ لأنَّه أمينٌ، وأما ربُّ الحانوت؛ فلو اتَّفقا على أنَّه أخَذَه ربُّ الحانوت ليَشتريَه بما سمَّى من الثَّمن؛ فقد دخلَ في ضمانه، فلا يبرأُ بمجرَّد دعواه، فيَضمنُ قيمَتَه، ولو لم يتَّفِقا على ثمنٍ؛ لم يضمنْ؛ إذ المقبوضُ على سوم الشِّراء إنَّما يُضمنُ لو اتَّفقا على ثمنه. «قنية»: لا يجب ضمانُ السَّوْم إلا بذكر الثَّمن، قيل: هو قولُ أبي يوسفَ، ويكفي عند محمدٍ أن يميلَ قلبُهما. «تجنيس»: دفعَه إلى دلَّالٍ ليبيعَه، فدفعَه الدَّلَّالُ إلى رجلٍ على سوم الشِّراء ثمَّ نَسيَه؛ لم يضمنْ، وهذا إذا أَذِنَ له المالكُ بالدَّفع للسَّوْم؛ إذ لا تعدِّيَ في الدَّفع حينئذٍ أيضـًا. أما إذا لم يأذنْ له فيه ضَمِنَ. ذكر في بعض الفتاوى عن «فتاوى النَّسفيِّ»: لو عَرضَه الدَّلَّالُ على ربِّ دكَّانٍ وتركَه عنده، فهربَ ربُّ الدُّكَّان وذهبَ به؛ لم يضمنِ الدَّلَّالُ في الصَّحيح؛ لأنَّه أمرٌ لا بُدَّ منه في البيع. وذكر بعضُ المشايخ: يَضمنُ؛ لأنَّه مودَعٌ، وليس للمودَع أن يُودعَ. قاضيخان: دفعَه الدَّلَّالُ إلى من استامَ لينظرَ إليه ويشتريَ، فذهبَ به ولم يظفرْ به الدلالُ، قالوا: لم يضمنْ لإذنه في هذا الدَّفع. قال: وعندي أنَّه إنَّما لا يضمنُ لو لم يُفارقْه، وأمَّا لو فَارَقَه ضمنَ، كما لو أودعَه أجنبيٌّ أو تركَ عند من لا يريدُ الشِّراءَ. طلبَ المبيعَ رجلٌ من الدَّلال بدراهمَ معلومةٍ، فوضعَه عند طالبه؛ ضمنَ قيمتَه لأخذه على سوم الشِّراء بعد بيان الثَّمن، قالوا: ولا شيءَ على الدَّلال. وهذا لو مأذونـًا بالدَّفع إلى من يريدُ الشِّراءَ قبل البيع، فلو لم يكن مأذونـًا؛ ضَمنَ[1]. «فروق الجامع»: دلَّالٌ معروفٌ بيده ثوبٌ تبيَّنَ أنَّه مسروقٌ،

(١) هذه المسألة نقلها في «جامع الفصولين» عن (فقظ)، وهو رمز «فتاوى قاضي ظهير».

فقال: رَددتُه على من أخذتُه منه؛ يبرأُ كغاصب الغاصب إذا ردَّ على الغاصب يبرأ. في «الذَّخيرة»: إنَّما يبرأُ لو أثبتَ ردَّه بحجَّةٍ[1]، في «عدَّة الفتاوى»: هذا كغاصب الغاصب إذا قال: رددتُ على الغاصب؛ صُدِّقَ بيمينه، لا بدونها[2].

«منتقى»: قال: تَلفتْ منذ عشرةِ أيَّامٍ، وبرهنَ ربُّها أنَّها كانتْ عنده منذ يومين، فقال المودَعُ: "وجدتُها فتلفتْ"؛ تقبلُ ولم يضمنْ. ولو قال أوَّلاً: ليستْ عندي وديعةٌ، ثمَّ قال: "وجدتُها فتلفتْ"؛ ضمنَ. اهـ[3].

«قنية»: دلَّالٌ دفعَ ثوباً إلى ظالمٍ لا يمكنُ استردادُه منه ولا أخذُ الثَّمن؛ يَضمنُ إذا كان الظَّالمُ معروفاً بذلك[4].

ن: خرجَ المودَعُ وتركَ البابَ مفتوحاً؛ ضمنَ لو لم يكن في الدَّار أحدٌ، ولم يكن المودَعُ في مكانٍ يسمعُ حسَّ الدَّاخل[5].

«عدَّة»: المودَعُ لو حَفظَها في حرزٍ ليس فيه مالٌ ضمنَ، والمرادُ: حرزُ غيره. أمَّا لو استأجرَ بيتاً لنفسه وحَفظَها فيه؛ لم يضمنْ ولو لم يكن فيه مالُه. مي: مودَعٌ استأجرَ بيتاً في مصرٍ أودعَ فيه وأحرزها فيه، وسافرَ وتركَها فيه؛ لم يَضمنْ[6].

(١) «الذخيرة البرهانية»: كتاب الغصب: ٨/ ١٠٣.

(٢) «جامع الفصولين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٢/ ١٠٠- ١٠١.

(٣) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٢٤- ١٢٥.

(٤) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ٩٧.

(٥) «جامع الفصولين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٢/ ١٠٤.

(٦) «جامع الفصولين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٢/ ١٠٥.

صع: تختَّمَ بخاتمِ الوديعة، قيل: ضمنَ في الخنصر والبنصر، لا في غيرهما، وبه يُفتى. وقيل: ضمنَ في الخنصر لا في غيره، يماثلُه المرتهنُ. وتضمنُ المرأةُ مطلقاً؛ لأنَّه استعمالٌ منها[1].

«خلاصة»: في «الأقضية»: ادَّعى وكالةً بقبضِ دَيْنٍ أو وديعةٍ، فأقرَّ المطلوبُ، ففي الدَّين يؤمرُ بدفعه إليه، وفي العين لا يُؤمرُ في ظاهر الرِّواية. وذكرَ في محلٍّ آخرَ من «الخلاصة» في الفرق بينهما: أنَّ إقرارَه في الدَّين لا في ملك نفسه، وفي الوديعةِ لا في ملك غيره. اهـ. فلو أقرَّ بالوكالةِ وأنكرَ المالَ؛ لا يَصيرُ خصماً، ولا تقبلُ البيِّنةُ على المال، إلا أن تقعَ البيِّنةُ على الوكالة، أو لم يثبتْ كونُه خصماً بإقرار المطلوب؛ لأنَّه ليس بحجَّةٍ في حقِّ الطَّالب. وإن أقرَّ بالمالِ وأنكرَ الوكالةَ؛ لا يحلفُ الوكيلُ المطلوبَ على العلم بوكالته؛ إذ الحلفُ يترتَّبُ على دعوى صحيحةٍ، ولم تصحَّ؛ إذ لم تثبتْ وكالتُه، فلم يَصِرْ خصماً إلا إذا قامتِ البيِّنةُ على الوكالة[2] والمالُ يقبلُ عند أبي حنيفةَ بناءً على أنَّ وكيلَ قبض الدَّين يملكُ الخصومةَ عنده.

هد: لا يؤمرُ بدفع الوديعةِ إلى الوكيل بقبضِها لو صدَّقَه إذا أقرَّ بمال الغير، بخلاف الدَّين. قن[3]: عن محمدٍ: لو صدَّقَه يُجبرُ بدفع عَينٍ كدَينٍ. غر: وكذا عند أبي يوسفَ.

(١) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٢٩.

(٢) هنا سقطٌ، تمامُه ما في «نور العين»: (وحدها، فإن برهنَ على الوكالة).

(٣) كذا في بولاق، ولم أجد هذا الرمز، وفي «نور العين»: (فن)، وهو رمز «فوائد النسفي»، وفي «جامع الفصولين»: (فق)، وهو رمز المختلفات القديمة للمشايخ.

حشجي[1]: لو صدَّقَه أو كذَّبَه أو سكتَ؛ لا يُجبرُ بدفع الوديعة، ولو دَفعَها لا يَستردُّ، فلو حضرَ ربُّها وكذَّبَه في الوكالة؛ لا يَرجعُ المودَعُ على الوكيل لو صدَّقَه ولم يَشترطْ عليه الضَّمانَ، وإلا رجعَ بعينه لو قائماً، وبقيمته لو هالكاً.

قال صاحبُ «جامع الفصولين»: أقول: لو صدَّقَه ودَفعَه بلا شرطٍ ينبغي أن يرجعَ على الوكيل لو قائماً؛ إذ غرضُه لم يحصلْ، فله نقضُ قبضه على قياس ما مرَّ عن «الهداية» من أنَّ المديونَ يرجعُ بما دَفعَه إلى وكيلٍ صدَّقَه لو باقياً، كذا هذا[2].

شجع: لو لم يؤمرْ بدفع الوديعة ولم يُسلِّمْها فتلفتْ، قيل: لا يَضمنُ، وكان ينبغي أن يَضمنَ؛ إذ المنعُ من الوكيل بزعمه كمنعه من المودَع، ولو سلَّمَه إلى الوكيل لا يَستردُّ؛ لأنَّه سعى في نقضِ ما فعله.

«ذخيرة»: وكَّلَ زيداً الغائبَ بقبضِ وديعةٍ، فقبضَها زيدٌ قبل أن يبلغَه ذلك، فتلفَ؛ يُخيَّرُ المالكُ ضمَّنَ زيداً أو الدَّافعَ، ولو علمَ الدَّافعُ بالتَّوكيل لا زيدٌ؛ بَرِئا؛ إذ للمودَعِ أن يدفعَه.

يقول الحقيرُ: الظَّاهرُ: أنَّه يبرأُ الدَّافعُ لا زيدٌ؛ لكونه قَبضَه حين قبضَ فضولاً. واللهُ تعالى أعلمُ.

عن: وكَّله بقبضِ الوديعة في اليوم؛ فله قبضُه غداً، ولو وكَّله بقبضِه غداً؛ لا يملكُ قبضَه اليومَ؛ إذ ذكرُ اليوم للتَّعجيل، فكأنه قال: أنت وكيلي به السَّاعةَ، فإذا ثبتَ وكالتُه السَّاعةَ دامتْ ضرورةً، ولا يلزمُ من وكالة الغد وكالةُ اليوم لا صريحاً ولا دلالةً. وكذا لو قال:

(١) «جامع الفصولين»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ١٤٥.

(٢) كذا في بولاق، ولم أجد هذا الرمز، وفي «نور العين»: (جشحي)، وهو رمز «الجامع» من «شرح الطحاوي».

....

"اقبِضْه السَّاعةَ"؛ فله قبضُه بعدها، ولو قال: "اقبِضْه بمحضرٍ من فلانٍ"، فقبضَه بغيبتِه؛ جازَ، قال: "اقبِضْه بشهودٍ"؛ فله قبضُه بدونهم، بخلافِ قوله: "لا تقبِضْه إلا بمحضرٍ منه" حيث لا يملكُ قبضَه؛ إذ نهى عن القبض واستثنى قبضاً بمحضرٍ منه[1]. اهـ ما في «نور العين»[2].

وفي «الهندية»: مَنْ تركَ بابَ حانوته مفتوحاً، فقامَ واحدٌ ثمَّ واحدٌ؛ فضمانُ ما ضاعَ على آخرهم. كذا في «الملتقط»[3]. رجلٌ في يده ثوبٌ، قال له رجلٌ: "أعطِني هذا الثَّوبَ"، فأعطاهُ إيَّاهُ؛ كان هذا على الوديعة. كذا في «الظَّهيريَّة»[4]. سُئلَ ابنُ الفضل عمَّن دفعَ جواهرَ إلى رجلٍ ليبيعَها، فقال القابضُ: "أنا أُريها تاجراً لأعرفَ قيمَتَها"، فضاعتِ الجواهرُ قبل أن يُريَها، قال: إن ضاعتْ أو سقطتْ بحركتِه ضمنَ، وإن سُرقتْ منه أو سقطتْ لمزاحمةٍ أصابَتْه من غيره لم يَضمنْ. كذا في «الحاوي للفتاوى»[5]. دفعَ إلى مراهقٍ قُمقمةً ليَسقيَ الماءَ، فتغافَلَ عنها فضاعتْ؛ لا يَضمنُ. كذا في «القنية». قال خلفٌ: سألتُ أسداً عمَّن له على آخرَ درهمٌ، فدفع المطلوبُ إلى الطَّالب درهمينِ أو درهماً ثمَّ درهماً، وقال: "خُذْ درهمكَ"، فضاعَ الدِّرهمان قبل أن يُعيِّنَ درهماً، قال: هلكَ على المطلوب وللطَّالب دِرهمُه. ولو قال له حين دفع إليه الدِّرهمَ الأوَّلَ: "هذا حقُّكَ"؛ فهو مستوفٍ، ولا ضمانَ عليه للدِّرهم الآخر. كذا في «التَّاترخانيَّة»[6].

---

(١) قال بعده: كذا في (بس)، وهو رمز «المبسوط».

(٢) «نور العين»: الفصل الثالث والثلاثون: ٣/ ٢٨٨-٢٩٠.

(٣) «الملتقط»: كتاب الغصب: ص٢٨٣.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٣٨.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٢.

(٦) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ١٨، الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٣.

صبيٌّ يعقلُ البيعَ والشِّراءَ محجورٌ عليه أودَعَه رجلٌ ألفَ درهمٍ، فأدركَ وماتَ ولم يُدرَ ما حالُ الوديعة؛ فلا ضمانَ في ماله، إلا أن يَشهدَ الشُّهودُ أنَّه أدركَ وهي في يده، فحينئذٍ يضمنُ بالموت عن تجهيلٍ. كذا في «الظَّهيريَّة». والحكمُ في المعتوه نظيرُ الحكم في الصَّبيِّ إذا أفاقَ ثمَّ ماتَ ولم يُدرَ ما حالُ الوديعة؛ لا ضمانَ في ماله، إلا أن يشهدَ الشُّهودُ أنَّه أفاقَ وهي في يده. وإن كان الصَّبيُّ مأذونـاً له في التِّجارة والمسألةُ بحالها؛ فهو ضامنٌ للوديعة وإن لم تَشهدِ الشُّهودُ أنَّه أدركَ وهي في يده، وكذا الحكمُ في المعتوه إذا كان مأذونـاً له في التِّجارة. كذا في «الذَّخيرة»[1].

إذا قال المستودعُ للمودِعِ: "وهبتَ لي الوديعةَ" أو "بعتَها منِّي"، وأنكرَ ربُّ الوديعة، ثمَّ هلكتْ؛ لا يَضمنُ المودَعُ. كذا في «الخلاصة».

سُئِلَ عمَّن أودَعَ عند آخرَ أواني صُفْرٍ ثمَّ استردَّها بعد زمانٍ، فردَّ عليه ستَّةً، فقال المالكُ: "كانت سبعةً فأين السَّابعُ؟"، فقال: "لا أدري أودَعْتَني ستَّةً أو سبعةً ولا أدري ضاعتْ أو لم تكن عندي"، وتارةً يقول: "لا أدري هل جاءني من عندك رسولٌ فاستَرَدَّها وحَملَها إليك أم لا": هل يَضمنُ؟ قال: لا؛ لأنَّه لم يُقرَّ بإضاعته، فلا يتناقضُ. كذا في «فتاوى النسفيِّ»[2]. رجلٌ استقرضَ من رجلٍ خمسينَ درهمـاً، فأعطاهُ غلطـاً ستِّينَ، فأخذ العشرةَ ليرُدَّها، فهلكتْ في الطَّريق؛ يضمنُ خمسةَ أسداس العشرة؛ لأنَّ ذلك القدرَ قرضٌ والباقي وديعةٌ. وكذا في «السِّراج الوهَّاج». وهو الأصحُّ. هكذا في «التَّاترخانيَّة»[3]. وكذا

(١) «الذخيرة البرهانية»: ٨/ ١٣٥، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٥١.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٥٨- ٣٥٩.

(٣) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٥٧.

لو هلكَ الباقي يضمنُ خمسةَ أسداسه. كذا في «فتاوى قاضيخان»[١].

له على آخرَ خمسونَ، فاستوفى غلطاً ستينَ، فلما علمَ أخذَ عشرةً للردِّ فهلكتْ؛ يضمنُ خمسةَ أسداس العشرة؛ لأنَّ ذلك قرضٌ والباقي أمانةٌ. كذا في «الوجيز» للكردريِّ.

رجلٌ له على رجلٍ ألفُ درهمٍ دَينٌ، فأعطاهُ ألفينِ وقال: "ألفٌ منهما قضاءٌ من حقِّك وألفٌ يكون وديعةً"، فقَبَضَها وضاعتْ، قال: هو قابضٌ حقَّه ولا يضمنُ شيئاً. كذا في «المحيط»[٢].

أودَعَه بقرةً وقال: "إن أرسلتَ ثيرانَك إلى المرعى للعلف فاذهبْ ببقرتي أيضاً"، فذهبَ بها دون ثيرانه فضاعتْ؛ لا يَضمنُ. كذا في «القنية»[٣].

أودَعَ شاةً، فدَفعَها مع غنمه إلى الرَّاعي للحفظ، فسُرقت الغنمُ؛ يَضمنُ إذا لم يكن الرَّاعي خاصّاً للمودَعِ. كذا في «القنية»[٤].

الوديعةُ إذا كانت قراماً، فأخذها المودَعُ وصعدَ بها السَّطحَ وتستَّرَ بها، فهبَّت بها الرِّيحُ وأعادَتْها إلى المكان الذي كانت فيه من البيت؛ لا يبرأُ عن الضَّمان؛ لأنَّه لم يوجدْ منه القصدُ إلى ترك التَّعدِّي. كذا في «خزانة المفتين»[٥].

في «فتاوى النسفي»: طحَّانٌ خرجَ من الطَّاحونة لينظرَ الماءَ، فسُرقتِ الحنطةُ: ضَمِنَ إن تركَ البابَ مفتوحاً وبَعُدَ من الطاحونة. كذا في «الخلاصة». بخلاف مسألة الخان،

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٣٢.

(٢) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٥٢، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٠.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٢.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٧.

(٥) «خزانة المفتين»: ج٢/ ق٢٣٧/ آ محمد عاصم.

وهي: خانٌ فيها منازلُ، ولكلِّ منزلٍ مقفلٌ، فخرجَ وتركَ البابَ مفتوحـًا، فجاء سارقٌ وأخذَ شيئـًا؛ لا يضمنُ. كذا في «الوجيز» للكردريِّ[1].

قال المودَعُ للمالك: "أنا ذاهبٌ إلى المزرعة وأريدُ أن أضعَ وديعَتَك في بيت جاري"، فقال له المالكُ: "ضَعْها"، فوَضعَها وذهبَ إلى المزرعة، ورجعَ فأخذَها من الجارِ وجاء إلى بيته ووضعَها ثمَّةَ، فضاعتْ من داره: هل يضمنُ المودَعُ الأوَّلُ أم لا؟ ينبغي الضَّمانُ. كذا في «الذَّخيرة» معزيّـًا عن عبارةٍ فارسيَّةٍ.

ولو كان عنده كتابٌ وديعةٌ، فوجدَ فيه خطأً؛ يكرهُ أن يُصلِحَه إذا كرهَ ذلك صاحبُه. كذا في «الملتقط»[2]. انتهى[3].

أقول: وهذا بخلاف إصلاح غلطِ المصحف إذا كان بخطٍّ يناسبُ، فإنَّه يجبُ حينئذٍ كما يأتي في آخر العارية.

وفي «الهنديَّة»: أودَعَ عند رجلٍ صكَّ ضيعةٍ والصكُّ ليس باسمه، ثمَّ جاءَ الذي الصكُّ باسمه وادَّعى تلك الضَّيعةَ والشُّهودُ الذين بذلوا خطوطَهم أبَوْا أن يَشهدوا حتى يرَوْا خطوطَهم؛ فالقاضي يأمرُ المودَعَ حتَّى يُرِيَهم الصكَّ ليروا خطوطَهم، ولا يدفعُ الصكَّ إلى المدَّعي، وعليه الفتوى. كذا في «الفتاوى العتابيَّة».

دفعَ إلى رجلٍ مالاً ليَنثرَه على العرس، فإن كان المدفوعُ دراهمَ؛ ليس له أن يحبسَ

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٤٧.

(٢) «الملتقط»: ص٢٩٢.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٢.

....

لنفسه شيئًا، ولو نثرَه بنفسه؛ ليس له أن يلتقطَ منه. كذا في «محيط السرخسيِّ»[1]. وكذا ليس له أن يدفعَ إلى غيره لينثرَه. كذا في «السِّراج الوهَّاج». ومثلُ المال: السُّكَّرُ. كذا في «الغياثيَّة».

وسُئلَ عن أمةٍ اشترتْ سِوارَيْن بمالٍ اكتسبتْه في بيتِ مولاها، فأودَعَتْهما امرأةً، فقبضتْ تلك المرأةُ ولم يكن ذلك بإذن مولى الجارية، فهلكت الوديعةُ: هل تَضمنُ؟ فقال: نعم؛ لأنَّ ذلك ملكُ المولى، ولا إيداعَ بغير إذنٍ، فصارتْ غاصبةً. كذا في «الفتاوى النسفيَّة». انتهى ما في «الهنديَّة»[2]. واللهُ تعالى أعلمُ، وأستغفرُ اللهَ العظيمَ.

(١) «المحيط الرضوي»: ٥/ ١٣١.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٢.

كِتَابُ العَارِيَّةِ

(كِتَابُ العَارِيَّةِ)

أَخَّرَها عن الوديعة؛ لأنَّ فيها تمليكـًا، وإنِ اشتركا في الأمانة. ومحاسِنُها: النِّيابةُ عن الله تعالى في إجابة المضطرِّ؛ ....

(كِتَابُ العَارِيَّةِ)

مشروعيَّتُها بالكتاب، وهو قولُه تعالى: ﴿ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ ﴾[الماعون: ٧]: والماعونُ: ما يتعاورونَه في العادة، وقيل: الزَّكاةُ، فقد ذمَّ اللهُ تعالى على منع الماعون، وهو عدمُ إعارته، فتكون إعارتُه[1] محمودةً. وبالسُّنَّة، وهي ما روى البخاريُّ: أنَّه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ استعارَ من أبي طلحة فرسـًا يُسمَّى: المندوبَ، فركبَه حين كان فزعٌ في المدينة، فلمَّا رجعَ قال: «مَا رَأَيْنَا مِنْ شَيْءٍ، وَإِنْ وَجَدْنَاهُ لَبَحْراً»[2]. وبالإجماع، فإنَّ الأُمَّةَ أجمعْ على جوازها، وإنَّما اختلفوا في كونها مستحبَّةً، وهو قولُ الأكثرين، أو واجبةً، وهو قولُ البعض. انتهى شمني.

(قوله: لِأَنَّ فِيهَا تَمْلِيكـًا) أي: وإيداعـًا، فتكون من الوديعةِ بمنزلة المفرد من المركَّب، والمركَّبُ مؤخَّرٌ عن المفرد. ويحتملُ أن يكون إشارةً إلى ما قدَّمْنا في الوديعة من أنَّه من باب التَّرقِّي. والأنسبُ في التَّركيب أن يقول: ذكرَها بعد الوديعة؛ لاشتراكهما في الأمانة، وأخَّرَها؛ لأنَّ فيها تمليكـًا.

(قوله: النِّيَابَةُ عَنِ اللهِ تَعَالَى فِي إِجَابَةِ المُضْطَرِّ) أي: إنَّ المستعيرَ مضطرٌّ، وقال تعالى: ﴿ أَمَّن يُجِيبُ ٱلْمُضْطَرَّ إِذَا دَعَاهُ ﴾[النمل: ٦٢]، وقد أغاثَه المعيرُ، فكأنَّه نائبٌ عن الله تعالى في إغاثته، وإن كان فعلُ المعير من الله تعالى، فلا نيابةَ في الحقيقة، ففاعلُها قد تخلَّقَ بهذا الخُلُق، وورد: «تَخَلَّقُوا بِأَخْلَاقِ اللهِ».

---

(١) في بولاق: (إعارة).

(٢) تقدم تخريجه: ١٥/ ٤٧١.

لأنَّها لا تكونُ إلا لمحتاجٍ كالقرض، فلذا كانت الصَّدقةُ بعشرةٍ، والقرضُ بثمانيةَ عشرَ. (هِيَ) لغةً مُشدَّدةً ....

(قوله: لِأَنَّهَا لا تَكُونُ إِلا لِمُحْتَاجٍ) أي: غالباً.

(قوله: وَالقَرْضُ بِثَمَانِيَةَ عَشَرَ) حقَّقَ بعضُهم: أنَّ ثوابَ الصَّدقة أكثرُ، وأنَّ أفرادَها أكثرُ كيفاً وإن كانت في القرض أكثرَ كما قال المناويُّ نقلاً عن الطِّيبيِّ: القرضُ اسمُ مصدرٍ، والمصدرُ بالحقيقة: الإقراضُ، ويجوز كونُه بمعنى المقروض[١].

قال البلقينيُّ: فيه ـ أي: في الحديث ـ: أنَّ دِرهمَ القرض بدرهمَيْ صدقةٍ، لكنَّ الصَّدقةَ لم يَعُدْ منها شيءٌ، والقرضُ عادَ منه درهمٌ، فسقطَ مُقابلُه وبقيَ ثمانيةَ عشرَ، ومن ثَمَّ لو أبرأَ منه كان عشرونَ ثواباً بالأصل، وهذا الحديثُ يُعارضُه حديثُ ابن حبَّان: «مَنْ أَقْرَضَ دِرْهَماً مَرَّتَيْنِ؛ كَانَ لَهُ كَأَجْرِ صَدَقَةٍ مَرَّةً»[٢]. وجمعَ بعضُهم: بأنَّ القرضَ أفضلُ من الصَّدقة ابتداءً، فامتيازُه عنها بصونِ وجهِ من لم يَعتدِ السُّؤالَ، وهي أفضلُ انتهاءً؛ لِمَا فيها من عدم ردِّ المقابل، وعند تقابُلِ الخصوصيَّتين تُرجَّحُ الثَّانيةُ باعتبار الأثر المترتِّب. والحقُّ: أنَّ ذلك يختلفُ باختلاف الأشخاص والأحوال والأزمان، وعليه يُنزَّلُ الأحاديثُ المتعارضةُ[٣]. اهـ ط[٤].

(قوله: مُشَدَّدَةً) كأنَّها منسوبةٌ إلى العار؛ لأنَّ طلبَها عارٌ وعيبٌ. «صحاح»[٥]. وردَّه

---

(١) «الكاشف عن حقائق السنن»: ص٢١٣٦.

(٢) رواه ابن ماجه: ٢٤٣٠، وابن حبان في «صحيحه»: ٥٠٤٠ من حديث ابن مسعود رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٣) «فيض القدير»: ٣/ ٥١٨.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٤.

(٥) «الصحاح»: ص٧٦١.

وتُخفَّفُ: إعارةُ الشَّيء. «قاموس» ....

في «النِّهاية»: بأنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ باشَرَ الاستعارةَ، فلو كان العارُ في طلبها؛ لَمَا باشَرَها[1]، وعوَّلَ على ما في «المغرب» من أنَّها اسمٌ من الإعارة[2]، وأخذُها من العار: العيب خطأٌ. اهـ. ومثلُه في «معراج الدِّراية»[3]. وذكرَ في «البدريَّة»: أنَّه يحتملُ أن تكون العاريةُ اسماً موضوعاً لا نسبيّاً، كالكرسيِّ والدرديِّ، نظيرُه كُعَيتٌ وكُمَيتٌ صيغةُ تصغيرٍ وليس بتصغيرٍ. وفي «المبسوط»: قيل: العاريةُ مشتقَّةٌ من التَّعاور، وهو التَّناوُبُ، كأنَّه يجعلُ للغير نَوبةً في الانتفاع بملكه على أن تعودَ النَّوبةُ إليه بالاسترداد متى شاءَ، ولهذا كانت الإعارةُ في المكيل والموزون قرضاً؛ لأنَّه لا ينتفعُ به إلا بالاستهلاك، فلا تعودُ النَّوبةُ إليه في عنيه ليكون إعارةً حقيقةً، وإنَّما تعودُ النَّوبةُ إليه في مثله، وما يملكُ الإنسانُ الانتفاعَ به على أن يكون مثلُه مضموناً عليه يكون قرضاً. انتهى[4]. ومثلُه في «الكافي».

(قوله: وَتُخَفَّفُ) قال الجوهريُّ: وقد تُخفَّفُ منسوبةً إلى العار[5]. وردَّه الرَّاغبُ: بأنَّ العارَ يائيٌّ والعاريةَ واويٌّ، وبالمشتقَّات يقال: استعارَه منه واستعارَ الشَّيءَ على حذف "مِنْ"[6].

(قوله: إِعَارَةُ الشَّيْءِ. «قَامُوس»[7]) قال في «المنح» عنه: أعارَه الشَّيءَ وأعارَه منه وعاوَرَه

---

(١) «النهاية»: ٩/ ٦٦ ط العلمية.

(٢) «المغرب»: ص٣٣١، «النهاية»: ٩/ ٦٦ ط العلمية.

(٣) «معراج الدراية»: ٧/ ١٤٣- ١٤٤.

(٤) «المبسوط» للسرخسي: ١١/ ١٣٣.

(٥) «الصحاح»: ص٧٦١.

(٦) «مفردات غريب القرآن»: ص٥٩٥- ٥٩٦.

(٧) «القاموس المحيط»: ص٤٤٦، والظاهر أنَّها بلفظ الفعل، لا تفسير للعارية.

وشرعاً: (تَمْلِيكُ المَنَافِعِ ....

إِيَّاهُ وتعوَّرَ واستعارَ: طَلَبَها، واعتوروا الشَّيءَ وتعوَّرُوه: تداوَلوه. اهـ[1]. وفي «المبسوط»: إنَّها من العَرِيَّة: تمليكِ الثِّمار بلا عِوَضٍ[2]. وردَّه المطرِّزيُّ[3]؛ لأنَّه يقال: استعارَه منه فأعارَهُ واستعارَه الشَّيءَ على حذف "مِنْ"، والصَّوابُ أنَّ المنسوبَ إليه: العارةُ اسمٌ من الإعارة، ويجوز أن يكون من التَّعاور: التَّناوبُ. قهستاني[4].

(قوله: تَمْلِيكُ المَنَافِعِ) أشارَ به إلى ردِّ ما قاله الكرخيُّ من أنَّها إباحةُ نفعٍ، وما في المتنِ مختارُ أبي بكر الرَّازيِّ، وهو الصَّحيحُ، وهو قولُ عامَّةِ أصحابنا كما في «الهنديَّة» عن «السِّراج»[5]، وعليه المتونُ وأكثرُ الشُّروح. ويَشهدُ لِمَا في المتن كثيرٌ من الأحكام من انعقادها بلفظِ التَّمليك، وجوازِ أن يُعيرَ ما لا يختلفُ بالمستعمِل، ولو كان إباحةً لَمَا جازَ؛ لأنَّ المباحَ له ليس له أن يُبيحَ لغيره، كالمباح له الطَّعامُ ليس له أن يُبيحَ لغيره، وانعقادِها بلفظِ الإباحة؛ لأنَّه استُعيرَ للتَّمليك كما في «البحر»[6]، وإنَّما لا يفسدُ هذا التَّمليكُ الجهالةَ؛ لكونها لا تُفضي إلى المنازعة لعدم لزومها. كذا قال الشَّارحونَ. والمرادُ بالجهالة: جهالةُ المنافع المملَّكة، لا جهالةُ العين المستعارةِ، بدليل ما في «الخلاصة»: لو استعارَ من آخرَ حماراً، فقال ذلك الرَّجلُ: "لي حمارانِ في الإصطبل، فخذْ أحدَهما واذهبْ به"؛ يَضمنُ إذا هلَكَ، ولو قال له: "خُذْ أحدَهما أيَّهما شئتَ"؛ لا يضمنُ كما في «المنح»[7].

---

(١) «منح الغفار»: ق٥٢١/ ب فيض الله.

(٢) «المبسوط» للسرخسي: ١١/ ١٣٣.

(٣) «المغرب»: ص٣٣١.

(٤) «جامع الرموز»: ص٤٤٨.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٣.

(٦) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٠.

(٧) «منح الغفار»: ق٥٢١/ ب فيض الله.

مَجَّانًا) أفادَ بالتَّمليك لزومَ الإيجابِ والقبول ولو فعلاً. وحُكمُها: كونُها أمانةً. وشرطُها: قابليَّةُ المستعار للانتفاع، وخُلوُّها عن شرط العِوَض؛ ....

(قوله: مَجَّانًا) أي: بلا عِوَضٍ. قال في «القاموس»: المجَّانُ: ما كان بلا بدلٍ[١].

(قوله: لُزُومَ الإِيجَابِ وَالقَبُولِ وَلَوْ فِعْلاً) أي: كالتَّعاطي كما في القُهُستانيِّ[٢]. وهذا مبالغةٌ على القبول، وأمَّا الإيجابُ؛ فلا يصحُّ به، وعليه يتفرَّعُما سيأتي قريبًا من قول المولى: خُذْه واستخدِمْه. والظَّاهرُ: أنَّ هذا هو المرادُ بما نقلَ عن «الهنديَّة»: ركنُها الإيجابُ من المعير، وأمَّا القبولُ من المستعير؛ فليس بشرطٍ عند أصحابنا الثَّلاثة. اهـ[٣]. أي: القبولُ صريحًا غيرُ شرطٍ، بخلاف الإيجاب، ولهذا قال في «التَّاترخانيَّة»: إنَّ الإعارةَ لا تثبتُ بالسُّكوت. اهـ[٤]. وإلا لَزِمَ أن لا يكون أخذُها قبولاً.

(قوله: وَحُكْمُهَا كَوْنُهَا أَمَانَةً) فإن هلكتْ من غير تعدٍّ؛ لم يَضمنْ، وإن تعدَّى؛ ضمنَ بالإجماع، ولو شُرطَ الضَّمانُ في العارية هل يصحُّ؟ فالمشايخُ مختلفون فيه، وفي «خلاصة الفتاوى»: رجلٌ قال لآخرَ: "أعِرْني، فإن ضاعَ فأنا له ضامنٌ"، قال: لا يَضمنُ. «هندية» عن «غاية البيان»[٥]. ومثلُه في الأنقرويِّ عن «المضمرات».

(قوله: قَابِلِيَّةُ المُسْتَعَارِ) أي: يمكن الانتفاعُ بالمعارِ مع بقاء عينه، فلو أعارَه مَكيلاً أو موزونا لا يمكن الانتفاعُ به إلا باستهلاكِه؛ كان كنايةً عن القرض. ولا يصحُّ إعارةُ الأَمَة

(١) «القاموس المحيط»: ص١٢٣٣.

(٢) «جامع الرموز»: ص٤٤٩.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٣.

(٤) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٧١ عن شمس الأئمة السرخسي.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٣.

للوطءِ، ولا من تحت وَصايتِه للخدمة؛ لعدم قابليَّة المعار لذلك الانتفاع؛ لأنَّ الإباحةَ لا تجري في الفُروج، ولا يجوزُ التَّبرُّعُ بمنافع الصَّغير، ولم تُجعلِ عاريةُ الأَمَة نكاحاً كما جُعلَ في عارية المكيل والموزون قرضاً؛ للمشاكلة بين القرض والعارية؛ لأنَّ كلّاً منهما تبرُّعٌ غيرُ لازمٍ لصاحبه أن يرجعَ به متى شاءَ، والنِّكاحُ لازمٌ، فلا ينعقدُ بلفظٍ لا يدلُّ على اللُّزوم، ومن لازمِ النِّكاح: البدلُ، وهو المهرُ، وشرطُ العارية عدمُ ذكر البدل.

قال في «الهنديَّة»: ومن شرائطها العقلُ، فلا تصحُّ الإعارةُ من المجنون والصَّبيِّ الذي لا يَعقلُ، وأمَّا البلوغُ؛ فليس بشرطٍ، حتَّى تصحُّ الإعارةُ من الصَّبيِّ المأذون. ومنها: القبضُ من المستعير. ومنها: أن يكون المستعارُ مما يمكن الانتفاعُ به بدون استهلاكه، فإن لم يمكن؛ فلا تصحُّ إعارتُه. كذا في «البدائع»[1]. قال الحاكمُ الشَّهيدُ في «الكافي»: وعاريةُ الدَّراهم والدَّنانير والفلوس قرضٌ، وكذلك كلُّ ما يُكالُ أو يُوزنُ أو يُعدُّ عدّاً مثل الجوز والبيضِ، وكذلك الأقطانُ والصُّوفُ والإبريسمُ والكافورُ وسائرُ متاع العطر، والصَّنادلةُ التي لا تقعُ الإجارةُ على منافعها قرضٌ. وهذا إذا أطلقَ العاريةَ، أمَّا إذا بيَّنَ الجهةَ، كما إذا استعارَ الدَّراهمَ أو الدَّنانيرَ ليُعايرَ بها ميزاناً، أو يُزيِّنَ بها دكَّاناً، أو يتجمَّلَ بها، أو غير ذلك مما لا يَنقلبُ به عينُه؛ لا يكون قرضاً، بل يكون عاريةً تُملكُ بها المنفعةُ المسمَّاةُ دون غيرها، ولا يجوزُ له الانتفاعُ بها على وجهٍ آخرَ غير ما سمَّاه. كذا في «غاية البيان». إذا استعارَ آنيةً يتجمَّلُ بها، أو سيفاً محلّىً، أو سكِّيناً محلّىً، أو مِنطقةً مفضَّضةً، أو خاتماً؛ لم يكن شيءٌ من هذا قرضاً. هكذا في «الكافي». ولو قال لآخرَ: "أعرتُكَ هذه القصعةَ

(١) «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢١٤.

لأنَّها تصيرُ إجارةً. وصرَّحَ في «العماديَّة» بجوازِ إعارة المشاعِ وإيداعِه..............

من الثَّريد"، فأخذَها وأكلَها؛ عليه مِثلُها أو قيمَتُها، وهو قرضٌ، إلا إذا كان بينهما مُباسطةٌ حتَّى يكون ذلك دلالةُ الإباحة. كذا في «الخلاصة»[(١)]. ويأتي في كلام الشَّارح في أثناء الكتاب عن «الصَّيرفيَّة» في «العيون»: استعارَ من آخرَ رُقعةً يَرقعُ بها قميصَه، أو خشبةً يُدخِلُها في بنائه، أو آجرَّةً؛ فهو ضامنٌ؛ لأنَّ هذا ليس بعاريةٍ، بل هو قرضٌ، وهذا إذا لم يقل: "لأرُدَّها عليك"، أمَّا إذا قال: "لأرُدَّها عليكَ"؛ فهو عاريةٌ[(٢)]. كذا في «المحيط»[(٣)]. انتهى.

(قوله: لِأَنَّهَا تَصِيرُ إِجَارَةً) الأَوْلى: لأنَّها تصيرُ به إجارةً، وقد نصُّوا أنَّ الإجارةَ تنعقدُ بلفظ الإعارة.

(قوله: وَصَرَّحَ فِي «العِمَادِيَّةِ»[(٤)]... إلخ) أشارَ إلى إيرادٍ وجوابٍ، وهو أنَّ العاريةَ إذا كانتْ تمليكَ المنفعة، فكيف يصحُّ إعارةُ المشاع، فإنَّه مجهولُ العين؟ فأشارَ إلى الجواب: بأنَّ الجهالةَ المانعةَ من التَّمليك: الجهالةُ المفضيةُ إلى المنازعة، وجهالةُ العين لا تُفضي إليه، ولذا جازَ بيعُ المشاع وإيداعُه، وقد نقلَ في «البحر»: أنَّ الذي لا يضرُّ في العارية جهالةُ المنافع، أمَّا جهالةُ العي؛ فمُضرَّةٌ إذا كانت تُفضي إلى المنازعة؛ لِمَا في «الخلاصة»: لو استعارَ من آخرَ حماراً، فقال ذلك الرَّجلُ: "لي حمارانِ في الإصطبل فخُذْ أحدَهما واذهبْ"، فأخذَ أحدَهما وذهبَ به؛ يَضمنُ إذا هلكَ. اهـ[(٥)]. وقدَّمْنا تمامَه قريباً. وفي

---

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٣.

(٢) «عيون المسائل»: ص٣٤٤.

(٣) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٥٥.

(٤) «فصول الأحكام»: الفصل الثلاثون: ص٣٥٤ (ت: العمري) عن «العدة» والصدر الشهيد و«فتاوى القاضي ظهير الدين».

(٥) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٠.

وبيعِه، يعني: لأنَّ جهالةَ العين لا تُفضي للجهالة؛ لعدم لُزُومها، ....

«العناية» من الهبة: وعقدُ التَّمليك يصحُّ في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه، يعني: الصَّحيحَ والفاسدَ والصَّرفَ والسَّلَمَ، فإنَّ الشُّيوعَ لا يمنعُ تمامَ القبض في هذه العقود بالإجماع[1].

(قوله: وَبَيْعِهِ) وكذا إقراضه كما مرَّ، وكذا إيجارُه من الشَّريك لا الأجنبيِّ، وكذا وقفُه عند أبي يوسفَ خلافاً لمحمدٍ فيما يَحتملُ القسمةَ، وإلا فجائزٌ اتِّفاقاً، وأفتى الكثيرُ بقول محمدٍ، واختار مشايخُ بلخ قولَ أبي يوسفَ. وأمَّا وديعتُه؛ فجائزةٌ وتكون مع الشَّريك. وأمَّا قرضُه؛ فجائزٌ، كما إذا دفعَ إليه ألفاً وقال: خمسُمائةٍ قرضٌ وخمسُمائةٍ شركةٌ. كذا في «النِّهاية» هنا[2]. وأما غصبُه؛ فمُتصوَّرٌ، قال البزَّازيُّ: وعليه الفتوى[3]. وذكرَ له في «الفصول» صوراً. وأمَّا صدقتُه؛ فكهبته، فإنَّها لا تجوزُ في مشاعٍ يُقسمُ، إلا إذا تصدَّقَ بالكلِّ على اثنين، فإنَّه يجوزُ على الأصحِّ. وتمامُه في أوائل هبة «البحر»[4]. ويأتي إن شاء اللهُ تعالى.

(قوله: لا تُفْضِي لِلْجَهَالَةِ) كذا في بعض النُّسخ، وفي بعضها: (للمنازعة)، وهي أَوْلى. وفي المقدسيِّ ما يُفيدُ ردَّ هذا التَّعليل، حيث قال: وشرطُها تعيينُ المستعار، حتَّى لو قال: "لي حماران في الإصطبلِ... إلخ" ما قدَّمْناه عن «الخلاصة».

(قوله: لِعَدَمِ لُزُومِهَا) لا حاجةَ إليه؛ إذ جهالةُ عين المشاع لا تمنعُ في اللُّزوم أيضاً، ولذا جازَ بيعُه مع أنَّ البيعَ لازمٌ. والحاصلُ: أنَّ إعارةَ المشاع تصحُّ كيفما كانَ، أي: في

(١) «العناية»: ٩/ ٢٨.

(٢) «النهاية»: كتاب الهبة: ٩/ ١٠١ ط العلمية.

(٣) «الفتاوى البزازية»: كتاب الغصب: ٢/ ٢٩٩.

(٤) «البحر الرائق»: كتاب الهبة: ٧/ ٢٨٦.

وقالوا: عَلَفُ الدَّابَّة على المستعير، وكذا نفقةُ العبد، أمَّا كِسوتُه؛ فعلى المعير. وهذا إذا طلبَ الاستعارةَ، فلو قال المولى: "خُذْه واستخدِمْه" من غير أن يَستعيرَه؛ فنَفقتُه على المولى أيضاً؛ ....

الذي يَحتملُ القسمةَ أو لا يحتمِلُها، من شريكٍ أو أجنبيٍّ، وكذا إعارةُ الشَّيء من اثنينِ أجملَ أو فصَّلَ، بالتَّنصيف أو بالأثلاث كما في «القنية».

(قوله: وَقَالُوا: عَلَفُ الدَّابَّةِ عَلَى المُسْتَعِيرِ) لأنَّ نفعَه له، فنفقتُه عليه.

(قوله: وَكَذَا نَفَقَةُ العَبْدِ) أي: مطلقةً كانت أو مؤقتةً كما في «المنح»[1].

(قوله: أَمَّا كِسْوَتُهُ فَعَلَى المُعِيرِ) لأنَّ العاريةَ غيرُ لازمةٍ، وللمعير الرُّجوعُ عنها في كلِّ حينٍ، فكان زمنُها غيرَ مستطيلٍ عادةً، والكسوةُ تكون في الزَّمان المستطيل، ألا يرى أنَّه شُرطَ في ثوب الكسوة في كفَّارة اليمين أن يمكن بقاؤه ثلاثةَ أشهرٍ فصاعداً؟! والمنافعُ تحدثُ في كلِّ آنٍ، وتتجدَّدُ في آنٍ غير آنٍ، وبقاؤه غيرُ لازمٍ وإن ذكرَ لها مدَّةً، فلو لزمتِ العاريةُ بقَدْرها؛ لخرجتْ عن موضوعها، ولو صحَّ رجوعُه؛ لتضرَّرَ المستعيرُ بذهاب كِسوته من غير حصول انتفاعه.

(قوله: وَهَذَا) يعني: إنَّما يكون تمليكُ منافع العبد عاريةً ونفقتُه على المستعير لو قال له: "أعطِني عبدَكَ ليخدِمَني" أو "أعِرْني عبدَكَ"، أمَّا لو قال المالكُ: "خُذْه واستخدِمْه"؛ كان إيداعاً مأذوناً بالانتفاع به، والعبدُ وديعةٌ، فنفقتُه على المودع كما في «الهنديَّة» و«البزَّازيَّة» وغيرهما[2].

(١) «منح الغفار»: ق٥٢١/ب فيض الله.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٢، «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٢٩.

لأنَّه وديعةٌ. (وَتَصِحُّ بِـ"أَعَرْتُكَ") لأنَّه صريحٌ، (وَ"أَطْعَمْتُكَ أَرْضِي") أي: غلَّتها؛ لأنَّه صريحٌ مجازاً من إطلاق اسم المحلِّ على الحالِّ، ....

(قوله: لِأَنَّهُ وَدِيعَةٌ) الأقربُ أنَّه إباحةٌ للانتفاع؛ إذ لو كان وديعةً؛ لَمَا جازَ له الانتفاعُ بها، أو يقال: إنَّها وديعةٌ أباحَ له المالكُ الانتفاعَ بها. وفي «الهنديَّة» عن «القنية»: "دفعتُ لك هذا الحمارَ لتَستعملَه وتعلِفَه من عندكَ" عاريةٌ. اهـ[١].

(قوله: لِأَنَّهُ صَرِيحٌ) أي: حقيقةً، قال قاضي زاده: الصَّريحُ عند علماء الأصول: ما انكشفَ المرادُ منه في نفسه، فيتناولُ الحقيقةَ الغيرَ المهجورة والمجازَ المتعارَفَ. اهـ[٢]. فالأوَّلُ: "أعَرْتُك"، والثَّاني: "أطعَمْتُك أرضي".

(قوله: أَيْ: غَلَّتَهَا) قال في «البحر»: لأنَّ الإطعامَ إذا أُضيفَ إلى ما لا يُؤكلُ عينُه يرادُ به: ما يُستغلُّ منه مجازاً؛ لأنَّه محلُّه. اهـ[٣]. ولو قال: "أطعمتُكَ هذا الجَزورَ"؛ فهو عاريةٌ، إلا أن يريدَ الهبةَ. «هنديَّة»[٤]. وهذا يفيدُ تقييدَ الأرض بما إذا كان فيها غلَّةٌ، وإلا فلا صحَّةَ لهذا التَّركيب. وفيه: أنَّ المرادَ: أنَّه أعارَها له ليزرَعَها، فإنَّه إذا عبَّر بالإطعام؛ اختصَّتْ عاريتُها بالانتفاع بزراعتها، فلا يَبني ولا يَغرسُ كما سيأتي آخرَ الكتاب، فقولُه: (أي: غلتها) أي: إنَّك تزرعُها وتستغلُّها. ط[٥].

(قوله: لِأَنَّهُ صَرِيحٌ مَجَازاً... إلخ) عبارةُ العيني و«الدرر»: لأنَّ الإطعامَ إذا أُضيفَ

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٤.

(٢) «نتائج الأفكار»: ٩/ ٧ (تكملة فتح القدير).

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٠.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٤.

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٥.

(وَ"مَنَحْتُكَ) بمعنى: أعطيتُكَ (ثَوْبِي، أَوْ جَارِيَتِي هَذِهِ"، وَ"حَمَلْتُكَ عَلَى دَابَّتِي هَذِهِ" إِذَا لَمْ يُرِدْ بِهِ) بـ"منحتُكَ" و"حملتُكَ" (الهِبَةَ) لأنَّه صريحٌ، فيُفيدُ العاريةَ بلا نيَّةٍ، ....

إلى ما لا يُطعمُ كالأرض يرادُ به: غلَّتُها إطلاقاً لاسم المحلِّ على الحالِّ[1]. وحاصلُه: أنَّ الصَّريحَ؛ ما لا يَحتملُ غيرَه، وهو يكون حقيقةً ومجازاً؛ لأنَّ المعتبرَ فيه قرينةٌ مانعةٌ من المعنى الحقيقيِّ، فلذلك كان صريحاً لا يَحتملُ غيرَه، بخلاف الكناية، فإنَّها لا يُعتبرُ معها قرينةٌ.

(قوله: وَ"مَنَحْتُكَ") أصلُه: أن يُعطيَ الرَّجلُ ناقةً أو شاةً ليَشربَ لبنَها ثمَّ يردَّها إذا ذهبَ دَرُّها، ثمَّ كَثرَ ذلك حتَّى قيل في كلِّ من أعطى شيئاً: "مَنَحْتُكَ"، وإذا أرادَ به الهبةَ أفادَ ملكَ العين، وإلا بقيَ على أصل وضعه. اهـ زيلعي[2].

(قوله: "ثَوْبِي أَوْ جَارِيَتِي هَذِهِ") أتى باسم الإشارة ولم يكتفِ بإضافة الثَّوب والجاريةِ إلى نفسه؛ لأنَّه لا يلزمُ من الإضافة إليه أن يكون الثَّوبُ أو الجاريةُ معيَّناً؛ لاحتمال أن يكون له أكثرُ من ثوبٍ وجاريةٍ؛ لأنَّه يُشترطُ عدمُ جهالة العين المستعارة كما سبق، وحينئذٍ سقط قولُ السيِّد الحمويِّ: يُنظرُ ما الدَّاعي إلى إقحام اسم الإشارة في هذا وما بعده؟! وهَلَّا أغنتِ الإضافةُ إلى نفسه عن ذلك؟!

(قوله: لِأَنَّهُ صَرِيحٌ) هذا ظاهرٌ في "منحتُكَ"، أمَّا "حَمَلْتُكَ"؛ فقال الزَّيلعيُّ: إنَّه مُستعملٌ فيهما، يقال: حملَ فلانٌ فلاناً على دابَّتِه يرادُ به الهبةُ تارةً والعاريةُ أخرى، فإذا نوى إحداهما صحَّتْ نيَّتُه، وإن لم تكن له نيَّةٌ؛ حُملَ على الأدنى كيلا يلزمَه الأعلى بالشكِّ. اهـ[3].

---

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨٢، «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٢.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٤.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٤.

وهذا يدلُّ على أنَّه مُشتركٌ بينهما، لكن إنَّما أريدَ به العاريةُ عند التَّجرُّد عن النيَّة؛ لئلا يلزَمَه الأعلى بالشكِّ. ط[1].

وفي «الكافي» للنَّسفيِّ: وقولُه في «الهداية»: و"منحتُكَ هذا الثَّوبَ" و"حملتُكَ على هذه الدَّابَّة" إذا لم يردْ به الهبةُ؛ لأنَّهما لتمليك العين، وعند إرادته الهبةَ يُحملُ على تمليك المنافع تجوُّزاً[2]؛ مُشكلٌ من وجوهٍ: أحدُها: قولُه: "إذا لم يردْ به الهبةُ"، وكان ينبغي أن يقول: "إذا لم يُرَدْ بها" بدليل التَّعليل. ويمكن أن يجابَ عنه: بأنَّ الضَّميرَ يَرجعُ إلى المذكور، كقوله تعالى: ﴿عَوَانٌۢ بَيۡنَ ذَٰلِكَ﴾[البقرة: ٦٨]. وثانيها: أنَّه جعلَ هذين اللَّفظين حقيقةً لتمليك العين ومجازاً لتمليك المنفعة، ثم ذكرَ في كتاب الهبة في بيان ألفاظها: "وحملتُكَ على هذه الدَّابَّة" إذا نوى بالحمل الهبةَ، وعلَّلَ بأنَّ الحملَ هو الارتكابُ حقيقةً، فيكون عاريةً، لكنَّه يَحتملُ الهبةَ. وثالثُها: أنَّهما لَمَّا كانا لتمليك العين حقيقةً، والحقيقةُ تراد باللَّفظ بلا نيَّةٍ؛ فعند عدم إرادة الهبةِ لا يُحملُ على تمليك المنفعة، بل على الهبة. وفي «المستصفى شرح النَّافع»: قلنا: جازَ أن يكونا لتمليك العين حقيقةً ولتمليك المنفعة مجازاً، وإلى هذا مال صاحبُ «الهداية» في كتاب العارية، ويكون التَّقديرُ: إذا لم يَرِدْ به الهبةَ وأرادَ به العاريةَ، أي: لأنَّه إذا لم يُرِدْ به الهبةَ وأرادَ به العاريةَ ـ أي: لأنَّه إذا لم يُرِدِ الحقيقةَ ـ لا يُصارُ إلى المجاز إلا عند إرادته، ويحتملُ أن يكونا بالعكس، وإليه إشارَ فخرُ الإسلام في «مبسوطه» وصاحبُ «الهداية» في كتاب الهبة، ويكون قولُه: "إذا لم يُرِدْ به الهبةَ" للتَّأكيد، أي: لأنَّ مطلقَ الكلام محمولٌ على العارية، فليس المرادُ به التَّقييدَ.

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٥.

(٢) «الهداية»: ٣/ ٢١٨.

والهبةَ بها، أي: مجازاً. (وَ"أَخْدَمْتُكَ عَبْدِي") و"آجرتُكَ داري شهراً مجّاناً"، ....

ويحتملُ أن يكون المعنيانِ حقيقةً لهما، وإنَّما ترجَّحَ أحدُهما؛ لأنَّه أدنى الأمرين، فيُحملُ عليه للتَّيقُّن. اهـ. كذا في «الكفاية» موضحاً[1].

(قوله: بِهَا) أي: بالنيَّة؛ لأنَّ هذا اللَّفظَ مُستعملٌ فيها، يقال: "حملَ فلانٌ فلاناً على دابَّته" يرادُ به الهبةُ تارةً والعاريةُ أخرى، فإذا نوى إحداهما؛ صحَّتْ نيَّتُه، وإن لم يكن له نيَّةٌ؛ حُملَ على الأدنى. زيلعي[2]. وأمَّا "منحتُكَ"؛ فقد علمتَ أنَّه كذلكَ؛ لأن معناهُ إذا لم يُرِدْ به الهبةَ: العاريةُ؛ لأنَّ المَنْحَ لتمليك العين عرفاً، وعند عدم إرادتِه يُحملُ على تمليك المنافع، وإن أرادَ به الهبةَ أفادَ ملكَ العين، وإلا؛ بقيَ على أصل وضعه.

(قولـه: أَيْ: مَجَـازاً) لا دليـلَ في الثَّانـي عليه؛ لأنه لا يثبـتُ أحدُهمـا إلا بالنيَّة، وهي القرينةُ الحاليةُ.

(قوله: وَ"أَخْدَمْتُكَ عَبْدِي") إنَّما كان عاريةً؛ لأنه أَذنَ له في الاستخدام. عيني[3]. وهو كـ"حملتُكَ على دابَّتي" صريحٌ في العارية كنايةٌ في الهبة، وكان الأَوْلى إقحامُ اسم الإشارة هنا وفيما بعده كما في «الدُّرَر»[4]؛ للوجه الذي ذكرناه.

(قوله: شَهْراً مَجَّاناً) أي: بلا عِوَضٍ، وكذا لو لم يقل: شهراً، وجعلُه عاريةً أحدُ قولينِ. وقيل: لا يكونُ عاريةً، وظاهرُ «الهنديَّة» اعتمادُه[5]. ومثلُه في «البحر» عن «الخانيَّة»[6]. أي:

(١) «الكفاية»: ٦/ ٢٧٤- ٢٧٥.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٤.

(٣) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨٢.

(٤) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٣.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٤، حيث عبر عن مقابله بـ(قيل).

(٦) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٠.

(وَ"دَارِي) مبتدأٌ (لَكَ) خبرٌ (سُكْنَى") تمييزٌ، ....

بل إجارةٌ فاسدةٌ، وقد قيل بخلافه. «تاترخانيَّة»(١). وينبغي هذا؛ لأنه إذا لم يُصرَّحْ بالمدَّة ولا بالعِوض؛ فأَوْلى أن يكون إعارةً من جعلِه إعارةً مع التَّصريح بالمدَّة دون العِوَض. كذا أفاده شيخُ سيدي الوالد رَحِمَهُ ٱللَّهُ(٢).

ونقل الرَّمليُّ في «حاشية البحر» عن إجارة «البزَّازيَّة»: لا تَنعقدُ الإعارةُ بالإجارة، حتَّى لو قال: "أَجَرْتُك منافعَها سنةً بلا عِوضٍ"؛ تكون إجارةً فاسدةً لا عاريةً. اهـ(٣). فتأمَّله مع هذا. وسيأتي في أوَّلِ الإجارة. اهـ(٤).

(قوله: وَ"دَارِي لَكَ"... إلخ) لأنَّ قولَه: "داري لك "وإن كان لتمليكِ العين ظاهراً، فهو يَحتملُ تمليكَ المنفعة، وقولُه: "سُكْنى" مُحكمٌ في العارية، فحمَلْنا المحتمِلَ على المحكَمِ. حموي(٥).

(قوله: تَمْيِيزٌ) أي: عن النِّسبة إلى المخاطب، أي: ملَّكْتُها لك سُكْنى، وهذا أَوْلى مما في «المغرب» والقهستانيِّ من أنَّه حالٌ(٦). نعم، يجوز أن يكون خبراً، و"لك" متعلِّقٌ به، أو بالنِّسبة بين المبتدأ والخبر، كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلدِّينَ عِندَ ٱللَّهِ ٱلْإِسْلَٰمُ﴾ [آل عمران: ١٩]. حموي عن «الحفيد على صدر الشَّريعة»(٧).

---

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٧٠.

(٢) «رد المحتار»: ١٤/ ٥١١.

(٣) «الفتاوى البزازية»: كتاب الإجارات: ١/ ٤١٧.

(٤) «مظهر الحقائق»: ق٢٩٠/ب الأزهرية.

(٥) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٨٣/ ب شهيد علي باشا.

(٦) «المغرب»: ص٢٣٠، «جامع الرموز»: ص٤٤٩.

(٧) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٨١/ ب- ٢٨٢/ آ شهيد علي باشا.

أي: بطريق السُّكنى. (وَ) "داري لك (عُمْرَى) مفعولٌ مطلقٌ، أي: أعمَرْتُها لك عُمْرى (سُكْنَى") تمييزُه، يعني: جَعلتُ سُكْناها لك مدَّةَ عُمرِكَ. (وَ) لعدم لزومها (يَرْجِعُ المُعِيرُ مَتَى شَاءَ) ولو مُؤَقَّتةً ....

(قوله: أَيْ: بِطَرِيقِ السُّكْنَى) أي: نسبةُ داري له بطريقِ سُكْناها، لا تمليك عينها، وهو حقيقةُ العارية.

(قوله: مَفْعُولٌ مُطْلَقٌ) أو ظرفٌ، أي: مدَّةَ عُمُرك. قهستاني[1]. وهو ما أشارَ إليه الشارحُ بعدُ، وهو وجهٌ آخرُ، لكنَّه مزجَ احتمالاً باحتمالٍ.

(قوله: تَمْيِيزُهُ) أي: تمييزُ (عمري)، قال الزَّيلعيُّ: لأنَّ قولَه: "داري لك" يحتملُ أن يكون له رقبتُها ويحتملُ أن يكون له منفعَتُها[2]. ولو قال: "هي لك لتَسكُنَها"؛ كان تمليكاً للدَّار؛ لأنَّه أضافَ التَّمليكَ إلى رقبة الدَّار، وقوله: لتسكُنَها مَشورةٌ، فلا يتغيَّر به قضيَّةُ العقد. اهـ أتقاني.

(قوله: يَرْجِعُ المُعِيرُ مَتَى شَاءَ) لقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «المنحةُ مَرْدُودَةٌ، وَالعَارِيَّةُ مُؤَدَّاةٌ»[3]، ووجهُ الاستدلال ظاهرٌ، وفيه تعميمٌ بعد التَّخصيص؛ لِمَا عُرفَ أنَّ المنحةَ عاريةٌ خاصَّةٌ. «عناية»[4]. ولأن المنافعَ تحدثُ شيئاً فشيئاً، ويثبتُ الملكُ فيها بحسب حُدوثها، فرُجوعُه امتناعٌ عن تمليكِ ما لم يحدثْ، وله ذلك. زيلعي[5].

(قوله: وَلَوْ مُؤَقَّتَةً) لكن يُكرهُ قبل تمام الوقت؛ لأنَّ فيه خُلْفَ الوعد. ابن كمال[6].

(١) «جامع الرموز»: ص٤٤٩.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٤.

(٣) رواه أبو داود: ٣٥٦٥، والترمذي: ٢١٢٠ وحسنه من حديث أبي أمامة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) «العناية»: ٩/ ٧.

(٥) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٤.

(٦) «الإيضاح»: ٢/ ٢٩٥.

أقول: من هنا تعلمُ أنَّ خُلفَ الوعد مكروهٌ لا حرامٌ، وفي «الذَّخيرة»: يُكرهُ تنزيهاً؛ لأنَّه خُلفُ الوعد، ويُستحبُّ الوفاءُ بالعهد. لكن استظهرَ العلَّامةُ أبو السُّعود كراهةَ التَّحريم، ووفَّقَ شيخُه بحملِ ما في «الذَّخيرة» ومن نحا نحوَها بأنَّ الكراهةَ للتَّنزيه على ما إذا وعدَ وكان من نيَّتِه الوفاءُ، ثم طرأ الخُلفُ، فلا مخالفةَ. اهـ. قال سيدي الوالد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يلزمُ الوفاءُ بالوعد شرعاً، والمسألةُ في «الأشباه» من الحظر والإباحة[1]، وتفصيلُها في حواشيه[2].

قال في «الهنديَّة»: وأمَّا أنواعُها فأربعةٌ: أحدُها: أن تكون مُطلقةً في الوقت والانتفاع، وحكمُه: أنَّ للمستعير أن يَنتفعَ بها بأيِّ نوعٍ شاءَ وأيِّ وقتٍ شاءَ. والثَّاني: أن تكون مُقيَّدةً فيهما، فلا يُتجاوزُ ما سمَّاه المعيرُ، إلا إذا كان خلافاً إلى خيرٍ. الثَّالثُ: أن تكون مُقيَّدةً في حقِّ الوقت مطلقةً في الانتفاع. والرَّابعُ: عكسُه، فلا يتعدَّى ما سمَّاه له المعيرُ. هكذا في «السِّراج الوهَّاج»[3]. وفي «فتاوى القاضي ظهير الدِّين»: إذا كانت العاريةُ مؤقَّتةً بوقتٍ، فأمسَكَها بعد الوقت؛ فهو ضامنٌ، ويَستوي فيه أن تكون العاريةُ مؤقَّتةً نصّاً أو دلالةً، حتَّى إنَّ من استعارَ قَدُّوماً ليكسرَ الحطبَ، فكَسرَه وأمسكَ حتَّى هلكَ؛ يَضمنُ. اهـ. وفي «البزَّازيَّة» من الرابع من العارية: استعارَ قِدْراً لغسل الثِّياب ولم يُسلِّمْه حتَّى سُرقَ ليلاً؛ ضَمِنَ[4]. وفي «جامع الفصولين»: العاريةُ لو مؤقَّتةً، فأمسَكَها بعد الوقت مع إمكان الردِّ؛ ضَمِنَ وإن لم يستعمِلْها بعد الوقت، هو المختارُ. وفي «الحامديَّة»: والمكثُ

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٤٧.

(٢) «رد المحتار»: كتاب البيوع: ١٢/ ١١١- ١١٢.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٣.

(٤) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٣٤.

أو فيه ضررٌ، فتبطلُ وتبقى العينُ بأجرةِ المثل، كمن استعارَ أمةً لتُرضعَ ولدَه، وصارَ لا يأخذُ إلا ثَديَها؛ فله أجرُ المثل إلى الفِطام ....

المعتادُ عفوٌ»[1]. وانظر ما يأتي عند قول المصنِّف: (فلو كانت مؤقتةً فأمسَكَها بعده فهلكتْ ضَمِنَها). اهـ. وانظر ما سنكتبُه ثمَّةَ إن شاءُ الله تعالى. والقولُ في إطلاق العارية وتقييدِها قولُ المعير.

(قوله: أَوْ فِيهِ ضَرَرٌ) يعني: في رجوع المعير على المستعير.

(قوله: فَتَبْطُلُ) أي: بالرُّجوع.

(قوله: كَمَنِ اسْتَعَارَ أَمَةً لِتُرْضِعَ وَلَدَهُ) قيَّدَ بالأمة؛ لأنَّ الحرَّةَ لا تُستعارُ، وعلَّلَ المسألةَ في «العدَّة»: بأنَّ المعروفَ عُرفاً كالمشروط شرطاً. اهـ. قال في «الخانيَّة»: رجلٌ استعارَ من رجلٍ أَمَةً لتُرضعَ ابناً له، فأرضعَتْه، فلمَّا صارَ الصَّبيُّ لا يأخذُ إلا ثديَها قال المعيرُ: "اردُدْ عليَّ خادمي"؛ قال أبو يوسُفَ: ليس له ذلك أي: طلبُ الردِّ، وله أجرُ مثل خادمِه إلى أن يفطمَ الصَّبيُّ. اهـ[2].

(قوله: فَلَهُ أَجْرُ المِثْلِ) أي: للمعير، والأَوْلى: فعليه، أي: فعلى المستعير.

(قوله: إِلَى الفِطَامِ) ومثلُه: ما لو استعارَ دابَّةً ليَغزوَ عليها، فطلبَها بعد أن وصلَ إلى دار الشِّرْك، ولا يجدُ دابَّةً يكتريها أو يَشتريها في ذلك المحلِّ؛ بطلتِ العاريةُ، ولكنَّها تبقى في يده بأجر المثل إلى أن يجدَ كِراءً أو شراءً. كذا في «المنح»[3]. وينبغي أن يُلحقَ بدار الحرب ما لو طَلَبَها منه في المفازة، ويرادَ بقوله: "إلى موضعٍ يجدُ فيه كراءً أو شراءً" أي:

---

(١) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٨٣.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٥٢.

(٣) «منح الغفار»: ق٥٢٢/ آ فيض الله عن «فتاوى قاضي خان».

وتمامُه في «الأشباه». وفيها معزيّاً «للقنية»: تلزمُ العاريةُ فيما إذا استعارَ جِدارَ غيره

بثمنٍ وأجر المثل، حتَّى لو كان في مكانٍ أو وصلَ إليه وطلبَ أزيدَ من أجر المثل أو ثمنِ المثل في الشراء ينبغي أن لا يُكلَّفَ، وكذا لو وجدَ بثمنٍ وأجر المثل، لكن لم يوجدْ معه ثَمَّةَ ما يَشتري به أو يَستأجرُ، ولا يُعطونه إلا حالاً. فليُراجعْ.

(قوله: وَتَمَامُهُ فِي «الأَشْبَاهِ») حيثُ ذكرَ مسألتينِ فيها، فقال: لو رجعَ في فرس الغازي قبل المدَّة في مكانٍ لا يَقدرُ على الشِّراء والكراء؛ فله أجرُ المثل، وفيما إذا استعارَ أرضاً للزِّراعة وزرَعَها؛ لم تُؤخذْ منه حتَّى يحصدَ ولو لم يُؤقِّتْ، وتُتركُ بأجر المثل. اهـ. وعزا ذلك «للخانيَّة»[1]، وعبارَتُها: كان للمستعير أن لا يدفعَه إليه؛ لأنه ضررٌ بيِّنٌ، وعلى المستعير أجرُ المثل من الموضع الذي طلبَ صاحبُه إلى أدنى الموضع الذي يَجِدُ فيه شراءً أو كراءً. اهـ. ومنه يُعلمُ ما في عبارة «الأشباه» من الإيجاز البالغ حدَّ الإلغاز، وكذا في قوله: إذا استعارَ أرضاً إلى قوله: وتتركُ بأجر المثل. قال في «الخانيَّة»: ولو أنَّ رجلاً أعارَ أرضاً ليزرَعَها، ووقَّتَ لذلك وقتاً أو لم يُوقِّتْ، ولم يُقارب الحصاد؛ له ذلكَ[2]، وفي الاستحسان: لا يكون له ذلكَ حتَّى يحصدَ الزَّرعَ؛ لأنَّ المستعيرَ لم يكن مُبطِلاً في الزِّراعة، فتُتركُ الأرضُ في يده إلى الحصاد بالإجارة، وتصيرُ الإعارةُ إجارةً. اهـ[3]. ومنه يُعلمُ ما في كلام «الأشباه» من الإيجاز. تأمَّلْ، وسيأتي.

(قوله: وَفِيهَا مَعْزِيّاً «لِلْقُنْيَةِ») لم أجدْه في «القنية» في هذا المحلِّ، وعبارةُ «الأشباه»: تلزمُ العاريةُ فيما إذا استعارَ جدارَ غيره لوضعِ جذوعه، ووَضعَها، ثمَّ باعَ المعيرُ الجدارَ،

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٦.

(٢) في النقل سقطٌ، والعبارةُ بتمامها: (فلما تقاربَ الحصادُ أراد أن يخرجَ المستعير؛ في القياس: يكون له ذلك).

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٤٨.

لوضعِ جُذوعِه، فوَضعَها، ثمَّ باعَ المعيرُ الجدارَ؛ ليس للمشتري رَفعُها وقيل: نعم، إلا إذا شَرطَه وقتَ البيع.

قلتُ: وبالقيلِ جزمَ في «الخلاصة» و«البزَّازيَّة» وغيرهما، ....

فإنَّ المشتريَ لا يتمكَّنُ من رفعها. وقيل: لا بُدَّ من شرطِ ذلك وقتَ البيع. كذا في «القنية»[1]. فكان الأَوْلى حذفُ: نعم.

(قوله: لِوَضْعِ جُذُوعِهِ) أو أرضاً لحفرِ سِرْدابٍ.

(قوله: وَقِيلَ: نَعَمْ) مثلُ المشتري: الوارثُ فيما ذُكرَ، لكن للوارث أن يأمُرَ برفع الجذوع والسِّرداب بكلِّ حالٍ. اهـ بيري[2]. أي: ولو مع شرطِ القَرار وقت وضع الجذوع، أو وقتَ حفر السِّرداب، بخلاف المشتري حيث لا يتمكَّنُ من الرَّفع مع هذا الشَّرط. اهـ أبو السُّعود.

(قوله: إِلَّا إِذَا شَرَطَهُ وَقْتَ البَيْعِ) أي: إذا شرطَ البائعُ بقاءَ الجذوع، والوارثُ في هذا بمنزلة المشتري، إلا أنَّ للوارث أن يأمُرَه برفع البناء على كلِّ حالٍ كما في «الهنديَّة»[3]. ومنه يُعلمُ أنَّ من أَذِنَ لأحدِ ورثته ببناءِ محلٍّ في داره ثمَّ ماتَ؛ فلباقي الورثة مطالبتُه برفعه إن لم تقعِ القسمةُ، أو لم يخرجْ في مقسمه. وفي «جامع الفصولين»: استعارَ داراً، فبنى فيها بلا أمرِ المالك، أو قال له: ابْنِ لنفسكَ، ثم باعَ الدَّارَ بحقوقها؛ يُؤمرُ الباني بهدم بنائه، وإذا فرَّطَ في الردِّ بعد الطَّلَب مع التَّمكُّن منه؛ ضَمِنَ. سائحاني.

(قوله: قُلْتُ: وَبِالقِيلِ جَزَمَ فِي «الخُلَاصَةِ») وكذا في «الخانيَّة» كما قدَّمْنا عبارتَه قُبَيل دعوى النَّسَب، وأفتى به الخيرُ الرَّمليُّ في «فتاويه».

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٤.

(٢) «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٣٤٧ عن «البزازية».

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٣.

واعتمدَه محشِّيها في «تنوير البصائر»، ....

(قوله: وَاعْتَمَدَهُ مُحَشِّيهَا فِي «تَنْوِيرِ البَصَائِرِ») قال فيها: ينبغي اعتمادُ القول بعدم لزومها في الصُّورة المذكورة، وللمشتري المطالبةُ برفعِها، إلا إذا شرطَ قرارَها وقت البيع؛ لقولهم: إنَّ العاريةَ غيرُ لازمةٍ كما في «الخلاصة» و«البزَّازيَّة» وغيرهما[1]، وقد جزمَ بذلك صاحبُ «الخلاصة» في الفرع المذكور، فقال: وعلى هذا لو استأذنَ رجلاً في وضع الجذوع على الحائط، أو حفرَ سرداباً تحت داره ففعلَ، ثم باعَ صاحبُ الدَّار دارَه، فطلبَ المشتري رفعَ الجذوع؛ له ذلكَ، وكذا السِّردابُ إلا إذا شرطَ وقتَ البيع قرارَه. ومثلُه في «جامع البزَّازيِّ»[2]. انتهى.

والمرادُ بقوله: إلا إذا شرطَ أي: البائعُ؛ إذ لا يُعتبرُ الشَّرطُ من المستعير، وفي صحَّة الاشتراط من البائع نظرٌ، قال الشَّارحُ في باب البيع الفاسد: (لو شرطَ أن يسكُنَها فلانٌ، أو أن يقرضَه البائعُ أو المشتري كذا؛ فالأظهرُ الفسادُ، ذكره أخي زاده، وظاهرُ «البحر» ترجيحُ الصحَّة)، أي: فيما إذا كان الشَّرطُ فيه نفعٌ للأجنبيِّ، فما اعتمده صاحبُ «تنوير البصائر» من اشتراط إبقاءِ الجذوع على الحائط وحفرِ السِّرداب عاريةً أن يبقى ذلك في ملك المشتري بناءً على ترجيح صاحب «البحر» من أنَّ الشَّرطَ إذا كان للأجنبيِّ لا يفسدُ البيعُ. وتأمَّلْ وراجع «البحر» في باب البيع الفاسد، فإنَّ ظاهرَه: لا يفسدُ البيعُ ولا يلزمُ الشرطُ[3]، فالحاصلُ: إنَّه لو شرطَ ما فيه نفعٌ للأجنبيِّ، قال بعضُهم: يفسدُ البيعُ، وقال البعضُ: لا يفسدُ ولا يلزمُ الشَّرطُ، بل يكون المشارطُ بالخيار: إمَّا أن يُمضيَ البيعَ ويتركَ

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٣٢.

(٢) «الفتاوى البزازية»: كتاب القسمة: ٢/ ٢٧٩.

(٣) «البحر الرائق»: ٦/ ٩٢- ٩٣.

ولم يتعقَّبْه ابنُ المصنِّف، فكأنَّه ارتضاهُ. فليُحفظْ.

(وَلَا تُضْمَنُ بِالهَلَاكِ ....

الشَّرطَ، أو يفسَخَه، ولم يقل أحدٌ بلزوم الشَّرْط، والقولُ بلزوم إبقاء الجذوع والسِّرداب مُغايرٌ للقولين. تأمَّلْ. وإنَّما قلنا: وإبقاءُ السِّرداب عاريةٌ؛ لأنَّه لو كان ملكَه ذلك وباعَ الباقي؛ صحَّ ذلك، وامتنعَ رجوعُه؛ لخروج العين عن ملك المملِّك، فكذا المشتري لا يملكُ الرُّجوعَ. فليحرَّرْ.

(قوله: وَلَمْ يَتَعَقَّبْهُ ابْنُ المُصَنِّفِ) وكذا نقله السيِّدُ الحمويُّ، وأقرَّه[١].

(قوله: وَلَا تُضْمَنُ بِالهَلَاكِ) ولو في حال الاستعمال، وهذا إذا لم يتبيَّنْ أنَّها مستحقَّةٌ للغير، فإن ظهرَ استحقاقُها؛ ضَمِنَها، ولا رجوعَ له على المعير؛ لأنَّه متبرِّعٌ، وللمستحقِّ أن يُضمِّنَ المعيرَ، ولا رجوعَ له على المستعير، بخلاف المودَع والحالةُ هذه حيث يَرجعُ على المودِع؛ لأنَّه عاملٌ له. «بحر»[٢].

وإنَّما ضَمِنَها حينئذٍ؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّها ليستْ بعاريةٍ؛ لأنَّ العاريةَ تمليكُ المنفعة، والتَّمليكُ إنَّما يكون من المالك، وهذا غصبٌ؛ لأنَّه تصرَّفَ في مال الغير بغير إذنه، أمَّا إذا ضمَّنَ المالكُ المعيرَ؛ فإنَّه يملِكُها بالضَّمان مستنداً إلى حين الإعارة، فتبيَّنَ أنَّه أعارَ ملكَه، فلذا لا يَرجعُ على المستعير لتحقُّقِ العارية حينئذٍ، وهي لا تُضمنُ، وإنَّما لا تُضمنُ بالهلاك إذا كانت مُطلَقةً، فلو مُقيَّدةً كأن يُعيرَه يوماً، فلو لم يَردَّها بعد مضيِّه؛ ضَمِنَ إذا هلكتْ كما في «شرح المجمع»، وهو المختارُ كما في «العماديَّة»[٣]. انتهى.

قال في «الشُّرنبلاليَّة»: سواءٌ استعمَلَها بعد الوقت أو لا. وذكرَ صاحبُ «المحيط»

---

(١) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ١٤٩.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨١.

(٣) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٥٢/ ب فيض الله.

مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ) ....

وشيخُ الإسلام: إنَّما يضمنُ إذا انتفعَ بعد مضيِّ الوقت[1]؛ لأنَّه حينئذٍ يصيرُ غاصباً[2]. أبو السُّعود[3].

(قوله: مِنْ غَيْرِ تَعَدٍّ) أما لو تعدَّى؛ ضمنَ إجماعاً، كما لو كَبحَها باللِّجام، أو دخلَ المسجدَ وتركَها في السِّكَّة فهلكتْ، أو استعارَها ليركَبَها، فحَبسَها أو أخرجَها ليَسقيَها في غير الجهة المعيَّنة، فهلكتْ. وكذا إذا استعارَ ثوراً ليَحرثَ أرضَه، فقَرنَه بثورٍ أعلى منه، ولم تجرِ العادةُ بذلكَ، فهلكَ. ولو تركَه يرعى في المرج فضاعَ: إن كانت العادةُ هكذا؛ فلا ضمانَ إن لم يعلمْ، أو كانت العادةُ مشتركةً؛ ضَمِنَ. ولو نامَ في المفازة ومِقودُ الدَّابَّة في يده، فسُرقتْ: إن كان مُضطجعاً ضَمِنَ، وإن كان جالساً لا يَضمنُ، وهذا في غير السَّفَر، أمَّا في السَّفَر؛ لا يَضمنُ بالنَّوم مطلقاً إذا كان المستعارُ تحت رأسه، أو موضوعاً بين يديه، أو حواليه بحيث يُعدُّ حافظاً عادةً. «بحر»[4].

قال في «جامع الفصولين»: إذا استعارَ ثوراً ليَكربَ أرضَه، فكربَ أرضاً أخرى؛ يَضمنُ إذا عطبَ، وكذا لو قَرنَه بثورٍ أعلى منه، كما إذا كان الثَّورُ المستعارُ قيمَتُه خمسونَ وثورُ المستعير قيمتُه مائةٌ؛ يَبرأُ لو كان النَّاسُ يفعلونَ مثلَ ذلك، وإلا ضَمِنَ. أقول: ينبغي أن لا يضمنَ لو كربَ مثلَ الأرض المعيَّنة أو أرخى منها، كما لو استعارَ دابَّةً للحمل وسمَّى نوعاً، فخالَفَ؛ لا يَضمنُ لو حملَ مثلَ المسمَّى أو أخفَّ منه كما سيجيءُ. انتهى[5]. فتأمَّلْ.

(١) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٦١.

(٢) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٤٢ (بهامش درر الحكام).

(٣) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٢.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨١.

(٥) «جامع الفصولين»: ٢/ ١١١.

وشرطُ الضَّمان باطلٌ، كشرطِ عدمه في الرَّهْن، خلافـًا «للجوهرة». (وَلَا تُؤْجَرُ، وَلَا تُرْهَنُ) لأنَّ الشَّيءَ لا يتضمَّنُ ما فوقه (كَالوَدِيعَةِ) فإنَّها لا تُؤجرُ، ولا تُرهنُ، ....

(قوله: وَشَرْطُ الضَّمَانِ بَاطِلٌ) هو ما عليه الأكثرُ كما قدَّمناه.

(قوله: كَشَرْطِ عَدَمِهِ) أي: عدم الضَّمان.

(قوله: فِي الرَّهْنِ) أي: إذا هلكَ.

(قوله: خِلَافًا «لِلجَوْهَرَةِ») حيث جزمتْ بصيرورتها مضمونةً بشرط الضَّمان[1]، ولم تقل: في روايةٍ، مع أنَّ فيها روايتينِ كما يُؤخذُ من عبارة الزيلعيِّ[2] ومما قدَّمناه عن «الهنديَّة». وفي «البزَّازيَّة»: "أعِرْني هذا على أنَّه إن ضاعَ فأنا ضامنٌ"، وضاعَ؛ لا يَضمنُ. انتهى[3]. وفي «التحفة»: إذا شرطَ الضَّمانُ في العارية هل يصحُّ؟ فالمشايخُ مختلفون فيه. انتهى[4].

(قوله: لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مَا فَوْقَهُ) والإجارةُ أقوى للُزُومها، وأمَّا الرَّهنُ؛ فإنَّه إيفاءٌ لدينه عند الهلاك أو الاستهلاك، وليس له أن يُوفيَ دينَه من مال الغير بغير إذنه.

(قوله: لَا تُؤْجَرُ وَلَا تُرْهَنُ) للعلَّة المذكورة، وهي أنَّ الإعارةَ دون الإجارة والرَّهن، والشَّيءُ لا يتضمَّنُ ما فوقَه. «درر»[5]. لأنَّ الإجارةَ لازمةٌ والرَّهنَ إيفاءٌ، أي: فيه إيفاءُ الدَّين بها من وجهٍ، فهو تمليكٌ لها، والعاريةُ لا تمليكَ فيها، وهذا بغير إذن المالك كما يأتي، أمَّا به

(١) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٥١.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٥.

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٣٢.

(٤) «تحفة الفقهاء»: ٣/ ١٧٧.

(٥) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٢.

بل ولا تُودَعُ، ولا تُعارُ، بخلاف العاريةِ على المختار، ....

فيصحُّ، ولأنَّها غيرُ لازمةٍ في الأصل، والإجارةُ لازمةٌ، فلو ملكَ المستعيرُ أن يُؤجرَ العاريةَ؛ لوقعتْ إجارتُه إمَّا لازمةً أو غيرَ لازمةٍ، فإن وقعتْ غيرَ لازمةٍ؛ يلزمُ عدمُ لزوم الإجارة، وهو خلافُ موضوعها، وإن وقعتْ لازمةً؛ يلزمُ لزومُ العارية، وهو خلافُ موضوعها، وذلك لأنَّ الإجارةَ إذا لزمتْ تصيرُ العاريةُ لازمةً؛ لعدم إمكان الاسترداد فيها. ولا تُرهنُ العاريةُ أيضاً؛ لأنَّها غيرُ لازمةٍ، والرَّهنُ لازمٌ، فلو جازَ للمسنعير أن يَرهنَ العاريةَ؛ لزمَ لزومُ ما لا يلزمُ، وهو العاريةُ، أو عدمُ لزوم ما لا يلزمُ، وهو الرَّهنُ. ذكره الشُّمنيُّ.

(قوله: وَلَا تُودَعُ) أي: كما أنَّ الوديعةَ لا تتضمَّنُ ما فوقها؛ كذلك لا تتضمَّن مثلَها.

(قوله: وَلَا تُعَارُ) لأنَّ العاريةَ أقوى؛ لأن فيها تمليكَ المنافع؛ لأنَّ المودَعَ لا يملكُ الانتفاعَ، والمعارُ يملكُه.

(قوله: بِخِلَافِ العَارِيَّةِ) أي: فإنَّها تُودعُ وتعارُ، أي: مطلقاً عند الإطلاق، أمَّا عند التَّقييد بمستعمِلٍ؛ فليس له أن يُعيرَ، إلا إذا كان الاستعمالُ لا يَختلفُ كالسُّكْنى والحمل والزِّراعة، وإن شرطَ أن ينتفعَ هو بنفسه؛ لأن التَّقييدَ فيما لا يختلفُ غيرُ مفيدٍ كما في «شرح المجمع». قال المصنفُ في شرحه: واختلفوا في إيداع المستعير، قال بعضُ المشايخ: ليس له أن يُودعَ مطلقاً، منهم الكرخيُّ، واستدلّوا عليه بمسألةٍ ذكرها في «الجامع»: أنَّ المستعيرَ إذا بعثَ العاريةَ إلى صاحبها على يدِ أجنبيٍّ، فهلكتْ في يد الرَّسول؛ ضمنَ المستعيرُ العاريةَ، وليس ذلك إلا إيداعاً منه. قال الباقلانيُّ: هذا القولُ أصحُّ؛ لأنَّ الإيداعَ تصرُّفٌ في ملك الغير ـ وهو العينُ ـ بغير إذنه قصداً، فلا يجوزُ، بخلاف الإعارة؛ لأنَّه تصرُّفٌ في المنفعة قصداً، وتسليمُ العين من ضروراته، فافترَقا. وأكثرُهم على أنَّه يجوزُ،

وأمَّا المستأجَرُ؛ فيُؤاجَرُ، ....

منهم مشايخُ العراق وأبو اللَّيث والشَّيخُ الإمامُ أبو بكرٍ محمد بنُ الفضل والصَّدرُ الكبيرُ برهانُ الأئمَّة؛ لأنَّ الإيداعَ دون الإعارة، والعينُ وديعةٌ عند المستعير في العارية، فإذا ملكَ الأعلى؛ فالأَوْلى أن يملكَ الأدنى، قال ظهيرُ الدِّين المرغينانيُّ: وعليه الفتوى. اهـ. وجعلَ الفتوى على هذا في «السِّراجيَّة» أيضاً[1]، وفي «الصَّيرفيَّة»: إنَّ القولَ بأنَّ العاريةَ تُودعُ أو لا تودَعُ محلُّه: ما إذا كان المستعيرُ يملكُ الإعارةَ، أمَّا فيما لا يملِكُها؛ لا يملكُ الإيداعَ. واللهُ تعالى أعلمُ.

أقول: ومن الصُّوَر التي لا تملكُ فيها الإعـارةُ: ما لو انتهتْ مدَّتُها، وهو ما ذكرهُ المصنِّفُ. ومنها: ما لو عيَّنَ المعيرُ للمستعير أن لا يُعيرَ فيما يختلفُ بالاستعمال، كركوب الدَّابَّة ولُبْس الثَّوب؛ لأنَّهما يختلفانِ باختلاف المستعمِلين كما سيذكرُه المصنِّفُ.

(**قوله: وَأَمَّا المُسْتَأْجَرُ**) بفتح الجيم (**فَيُؤْجَرُ**) أي: من غير مُؤجِرِه، وأمَّا من مؤجره؛ فلا تجوزُ وإن تخلَّلَ ثالثٌ، به يُفتى؛ للُزُوم تمليك المالك، ولا يُؤجرُه بأكثرَ مما استأجرَه. أطلَقَه، وهو مقيَّدٌ بما لا يَختلفُ النَّاسُ بالانتفاع به. قال في «البزَّازيَّة»: إعارةُ المستأجَر تجوزُ إلا في شيئين: استأجَرها ليركبَها بنفسه؛ ليس له إركابُ غيره لا ببدلٍ ولا مجَّاناً، وكذا لو استأجَرَه ليَلبسَه ليس له الإعارةُ ولا الإجارةُ لغيره؛ لأنَّهما يَختلفانِ باختلاف المستعمِلين، حتَّى لو استأجَرَ دابَّةً للرُّكوب مطلقاً؛ يقعُ على أوَّل ما يوجدُ، فإن رَكبَ أو أركبَ؛ تعيَّنَ وليس له غيرُه بعدُ. انتهى[2]. وفي «الحافظيَّة». وقولُهم: يؤجرُ المستأجرُ ويعيرُ ويودِعُ فيما لا يَختلفُ النَّاسُ في الانتفاع به. انتهى. وفي وديعة «البحر» عن «الخلاصة»:

(١) «الفتاوى السراجية»: ص٣٦٣.

(٢) «الفتاوى البزازية»: كتاب الإجارات: ١/ ٤٨٣.

ويُودَعُ، ويعارُ، ولا يُرهنُ، وأمَّا الرَّهنُ؛ فكالوديعة. وفي «الوهبانيَّة» نظمَ تسعَ مسائلَ لا

والوديعةُ لا تُودَعُ ولا تُعارُ ولا تُؤجرُ ولا تُرهنُ، والمستأجَرُ يُؤجرُ ويُعارُ ويودعُ، ولم يذكرْ حكمَ الرَّهن، وينبغي أن يُرهنَ. اهـ[1]. وفي قول «الخلاصة»: وينبغي نظرٌ؛ لأنَّه قد مرَّ آنفاً في «مختارات النَّوازل» لصاحب «الهداية»: أنَّ المستأجَرَ لا يُرهنُ، اللهمَّ إلا أن يكون في المسألة روايتانِ، أو سقطتْ كلمةُ «لا» من عبارة: أن يرهنَ في «الخلاصة» سهواً من قلم النَّاسخ.

لا يقال: لعلَّ مرادَ صاحب «الخلاصة» من قوله: ينبغي أن يرهنَ: هو الرَّهنُ لا المستأجر؛ لأنا نقول: لا مجالَ لذلك الاحتمال؛ لأنَّه ذكرَ في «الخلاصة» أيضاً في كتاب الرَّهن: أنَّ الرَّهنَ لا يُرهنُ. أفاده في «نور العين»[2]. ولذلك زدتُ في عبارته: لا من غير تنبيهٍ عليها في الوديعة عند قوله: (الدَّفعُ لمن في عياله).

(قوله: وَيُودَعُ) لكن الأجيرَ المشتركَ يضمنُ بإيداع ما تحت يده؛ لقول «الفصولين»: ولو أودعَ الدَّلَّالُ ضمنَ[3]. سائحاني.

(قوله: وَيُعَارُ) فيُركبُ من شاءَ إذا استأجَرَ له، ويتعيَّنُ أوَّلُ راكبٍ كما يأتي.

(قوله: وَلَا يُرْهَنُ) لأنَّ فيه إبقاءَ الدَّين، وهو تمليكٌ لعينه، والمستأجرُ إنَّما مُلكتْ منافعُه لا عينُه.

(قوله: فَكَالوَدِيعَةِ) فلا يُؤجرُ ولا يُرهنُ ولا يُودعُ ولا يعارُ، قال في «الأشباه»: الوديعةُ

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٧٥.

(٢) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٣٥.

(٣) «جامع الفصولين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٢/ ١٠١.

يملكُ فيها تمليكاً لغيره بدون إذنٍ، سواءٌ قبضَ أو لا، فقال:

وَمَالِكُ أَمْرٍ لا يُمَلِّكُهُ.............. . . . .

لا تُودعُ ولا تعارُ وَلا تُؤجرُ ولا تُرهنُ، والمستأجَرُ يُؤجرُ ويعارُ ولا يُرهنُ، والعاريةُ تُعارُ ولا تؤجرُ، وإنَّما جازتْ إعارةُ المعار والمؤجَرِ؛ للإطلاق في الانتفاع، وهو معدومٌ في الإيداع. فإن قيل: إن أعارَ فقد أودعَ. قلنا: هذا ضمنيٌّ لا قصديٌّ. والرَّهنُ كالوديعة لا يُودعُ ولا يعارُ ولا يؤجرُ، وأمَّا الوصيُّ؛ فيَملكُ الإيداعَ والإجارةَ دون الإعارة كما في وصايا «الخلاصة». وكذا المتولِّي على الوقف، والوكيلُ بقبض الدَّين يعدُّ مُودعاً، فلا يملكُ الثَّلاثةَ كما في «جامع الفصولين»[1].

(قوله: وَمَالِكُ أَمْرٍ... إلخ) (مالك) مبتدأٌ، وجملةُ (لا يملكه) صفةٌ له، وقولُه: (وكيل... إلخ) هو الخبرُ، قال الشَّارحُ ابنُ الشِّحنة: قد ذكرها قاضي خان مجموعةً، فقال: الأولى: الوكيلُ ليس له أن يُوكِّلَ فيما وُكِّلَ فيه؛ لأنَّه فُوِّضَ إليه التَّصرُّفُ دون التَّوكيل، والنَّاسُ متفاوتونَ في الآراء، وقد رضيَ برأيه دون رأي غيره، فلو أَذِنَ له في ذلك جازَ. الثَّانيةُ والثَّالثةُ: المستعيرُ والمستأجِرُ، وكلٌّ منهما ذكرَ له صورتينِ، فالمستعيرُ إذا استعارَ دابَّةً ليركَبَها ليس له أن يُعيرَها لغيره، إلا أن يكون أمَرَه بذلك أو أباحَه له، ولو استعارَ قِباءً أو قميصاً ليلبَسَه؛ له أن يُعيرَه لغيره بدون أمره، والأصلُ في ذلك: أنَّ العاريةَ إذا كانت مما يَختلفُ باختلاف المستعمِلِين ليس للمستعير أن يُعيرَ بدون أمر المعير، وإن كانت لا تَختلفُ يجوزُ، والمستأجِرُ لو استأجرَ دابَّةً ليركَبَها بنفسه؛ ليس له أن يُؤجِرَها للغير لا للرُّكوب ولا للحمل إلا بأمرِ المؤجر، ولو استأجرَ الثَّوبَ ليلبسَه هو بنفسه؛ ليس له أن يُؤجرَه لغيره لِمَا مرَّ، وإلى ذلك أشارَ بقوله: (ركوباً ولبساً فيهما)، أي: في العارية

(١) «جامع الفصولين»: الفصل الثالث والثلاثون: ٢/ ١٤٥، «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٤- ٢٣٥.

بِدُو نِ أَمْـرٍ: وَكِيـلٌ مُسْتَعِيرٌ وَمُؤْجَرُ ....

والإجارة. الرَّابعةُ: المضارَبُ - بفتح الراء - ليس له أن يُضاربَ غيرَه بغير إذنٍ. الخامسةُ: المرتهنُ لا يملكُ أن يرهنَ الرَّهنَ بغير إذن الرَّاهن، فإنَّه رَضيَ بحبسه لا بحبس غيره، فإن فعلَ فهلكَ عند الثَّاني؛ كان للمالك أن يُضمِّنَ أيَّهما شاءَ قيمةَ الرَّهن، فإن ضمَّنَ الأوَّلَ لا يَرجعُ على واحدٍ، وإن ضمَّنَ الثَّانيَ؛ له الرُّجوعُ على الأوَّل. السَّادسةُ: القاضي ليس له أن يَستخلفَ بدون إذن الإمام، ولم يذكرْ هذه المسألةَ قاضيخان هنا، وذكرها في «الهداية»، وهي مقيسةٌ على الوكيل. السَّابعةُ: المستودَعُ لا يملكُ الإيداعَ عند أجنبيٍّ إلا أن يأذنَ له؛ لأنَّ المالكَ إنَّما رضيَ بيده دون يد غيره، والأيدي تختلفُ في الأمانة، وأيضـًا الشَّيءُ لا يتضمَّنُ مِثلَه كما مرَّ. الثَّامنةُ: المستبضِعُ لا يملكُ الإبضاعَ، فإن أبضعَ وهلكَ؛ كان لربِّ المال أن يُضمِّنَ أيَّهما شاءَ، فإن سلمَ وحصلَ الرِّبحُ؛ كان لربِّ المال. التَّاسعةُ: رجلٌ أخذَ أرضـًا وبذراً ليزرعَها، ولم يقل له صاحبُ الأرض: "اعملْ فيها برأيك"؛ لا يدفعُ إلى غيره مزارعةً، فإن كان البذرُ من قِبَل الآخر؛ كان له أن يدفعَ إلى غيره مزارعةً على كلِّ حالٍ. وقد عدَّها المصنِّفُ أحد عشرَ، فإنَّه جعلَ الرُّكوبَ واللبسَ مسألتين مستقلَّتين، ولا يخفى أنَّهما صورتان تحت الإجارة والإعارة. اهـ[1].

(قوله: بِدُونِ أَمْرٍ) أي: من الصيل، ونصفُ البيت الواو من (دون). (قوله: وَكِيلٌ) فليس له أن يوكِّلَ فيما وُكِّلَ؛ لأنَّه فوِّضَ إليه التَّصرُّفَ دون التَّوكيل... إلخ.

(قوله: مُسْتَعِيرٌ) أي: إذا استعارَ دابَّةً ليركبَها؛ ليس له أن يُعيرَها لغيره إلا أن يكون أمرَه بذلك، أو استعارَ قميصـًا ليلبسَه ليس له أن يعيرَه لغيره بدون أمر المعير... إلخ.

(وَمُؤْجَرٌ) بفتح الجيم: هو المستأجِرُ بكسرها، يعني: لو استأجرَ دابَّةً ليركبَها بنفسه أو

(١) «تفصيل عقد الفرائد»: فصل من المضاربة والوديعة: ٢/ ٥٣- ٥٤.

رُكُوبًا وَلُبْسًا فِيهِمَا وَمُضَارِبٌ وَمُرْتَهِنٌ أَيْضًا وَقَاضٍ يُؤْمَرُ
وَمُسْتَوْدَعٌ، مُسْتَبْضَعٌ..... . . . .

قميصًا ليلبسَه بنفسه؛ ليس له أن يُركبَ غيرَه ولا يحملَ، وكذا ليس له أن يُلبسَ القميصَ إلا بأمرٍ.

(قوله: رُكُوبًا وَلُبْسًا فِيهِمَا) أي: في المستعار والمؤجر، أي: الرُّكوب واللبس ونحوهما للاختلاف بالمستعمِل إلا بالإذن، أمَّا ما لا يختلفُ؛ فله ذلك بدون الإذن، ولكن يخالفُ هذا ما يأتي متنًا من قوله: (وله أن يعيرَ ما اختلف استعمالُه أو لا)، وقال في «المنح»: ومثلُه المستأجرُ[1]. نعم، هو صحيحٌ فيما إذا عيَّنَ المعير، فإنَّه لا يعيرُه حينئذٍ بدون إذنٍ فيما يختلفُ استعمالُه، لكنَّه أطلقَ هنا المستأجرَ والمؤجرَ، ووافقَه عليه الشرنبلاليُّ في شرحه[2]، لكن الذي يظهرُ: أنَّه هنا محمولٌ على ما إذا قيَّد بلبسه وركوبه. وليحرَّرْ.

(قوله: وَمُضَارِبٌ) بكسر الراء، فليس له أن يضاربَ بغير إذنٍ.

(قوله: وَمُرْتَهِنٌ) فلا يملكُ أن يرهنَ بغير إذن الرَّاهن؛ لأنَّه رضيَ بحبسه، لا بحبس غيره... إلخ.

(قوله: وَقَاضٍ يُؤْمَرُ) أي: يستخلفُ، فليس له أن يستخلفَ بدون إذن الإمام.

(قوله: وَمُسْتَوْدَعٌ) بفتح الدال، لا يملكُ الإيداعَ عند أجنبيٍّ إلا أن يأذنَ له المالكُ... إلخ.

(قوله: وَمُسْتَبْضِعٌ) فإنَّه لا يملكُ الإبضاعَ، فإن أبضعَ وهلك؛ كان لربِّ المال أن يضمِّنَ أيَّهما شاءَ... إلخ.

(١) «منح الغفار»: ق٥٢٢/آ فيض الله.

(٢) «تيسير المقاصد»: فصل من كتاب المضاربة والوديعة: ص٤٨٤.

............وَمُــــزَارِعٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ عِنْدِهِ البَذْرُ يُبْذَرُ[1]

قلتُ: والعاشرةُ:

وَمَا لِلْمُسَاقِي أَنْ يُسَاقِيَ غَيْرَهُ وَإِنْ أَذِنَ المَوْلَى لَهُ لَيْسَ يُنْكَرُ

(فَإِنْ آجَرَ) المستعيرُ (أَوْ رَهَنَ، فَهَلَكَتْ؛ ضَمَّنَهُ المُعِيرُ) للتَّعدِّي، (وَلَا رُجُوعَ لَهُ) للمستعير (عَلَى أَحَدٍ) لأنَّه بالضَّمان ظهرَ أنَّه آجرَ ملكَ نفسه، ....

(قوله: وَمُزَارِعٌ) أي: مَن أخذَ الأرضَ مزارعةً وكان البذرُ من ربِّها؛ لا يدفَعُها إلى غيره مزارعةً بدون أمرٍ، فإن كان البذرُ من قِبَل المزارع؛ كان له أن يدفعَ إلى غيره مزارعةً مطلقاً.

(قوله: مِنْ عِنْدِهِ) أي: المزارع.

(قوله: يُبْذَرُ) بالبناء للمجهول حالٌ من البذر، و(من عنده) خبرٌ، أو هو خبرُ (كان)، وقولُه: (من عنده) متعلِّقٌ به.

(قوله: وَمَا لِلْمُسَاقِي) ذكره ابنُ وهبانَ في فصل المساقاة والمزارعة، ووجهُ المنع: أنَّ الدَّفعَ إلى غيره فيما فيه إثباتُ الشِّركة في مال غيره بغير إذنه، فلا يصحُّ.

(قوله: وَإِنْ أَذِنَ المَوْلَى) أي: المالكُ، فإنَّه من معانيه.

(قوله: ضَمَّنَهُ) بتشديد الميم مبنيٌّ للفاعل، و(المعيرُ) فاعلٌ، والضَّميرُ في (ضمَّنه) راجعٌ للمستعير.

(قوله: آجَرَ مِلْكَ نَفْسِهِ) أي: وكذا رهنَ ملكَ نفسه في صورة الرَّهن.

(قوله: وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى أَحَدٍ) عبارةُ مسكين: على المستأجر[2]، وهكذا فسَّره

(١) «قيد الشرائد»: فصل من كتاب المضاربة والوديعة: الأبيات: ٥٩٥- ٥٩٧: ص١٥٤.

(٢) «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٣٥.

ويتصدَّقُ بالأجرة، خلافًا للثَّاني. (أَوْ) ضمَّنَ (المُسْتَأْجِرَ) سكتَ عن المرتهنِ، وفي «شرح الوهبانيَّة»: ....

القُهُستانيُّ، وقال: فلا فائدةَ في النَّكرة العامَّة[1]. قال أبو السعود: وتعقَّبه شيخُنا: بأنَّ سلبَ الفائدة ممنوعٌ؛ لجواز كون قيمة الرَّهن عشرينَ، وكان رهنًا بعشرةٍ، فلا يرجعُ بالزَّائد على المرتهن[2].

(قوله: وَيَتَصَدَّقُ بِالأُجْرَةِ) أي: عند أبي حنيفةَ ومحمدٍ رحمهما الله تعالى؛ لأنَّه صارَ بمنزلة الغاصب، والغاصبُ إذا آجرَ يملكُ الأجرةَ ويتصدَّقُ بها؛ لأنَّها حصلتْ بسببٍ خبيثٍ، وهو استعمالُ مال الغير، فكان سبيلُه التَّصدُّقَ. اهـ. أتقاني بزيادةٍ.

(قوله: خِلَافًا لِلثَّانِي) ينظرُ وجهُه.

(قوله: سَكَتَ عَنِ المُرْتَهِنِ) أي: لو أنَّ المستعيرَ رَهنَ العاريةَ بدون إذنٍ: هل يَضمنُ المرتهنُ أو لا؟ لم يذكرْ حكمه، ونقلَ عن «شرح الوهبانيَّة»: أنَّ المرتهنَ لا يملكُ الرَّهنَ، فلو رَهنَ وهلكَ الرَّهنُ؛ للمالك الخيارُ: إن شاءَ ضمَّنَ المرتهنَ الأوَّلَ، وإن شاءَ ضمَّنَ الثَّانيَ، فإن ضمَّنَ الثَّاني رجعَ على الأوَّل؛ لأنَّه غرَّه في ضمن عقدٍ[3]، ويُؤخذُ منه جوابُ مسألتنا؛ لأنَّ كلًّا من المستعير والمرتهن لا يملكانِ الرَّهنَ، فكما أنَّ المرتهنَ إذا رهنَ يُخيَّرُ المالكُ في تضمين أيِّهما شاءَ ويَرجعُ الثاني على الأوَّل إن ضمَّنَه؛ فكذلك الحكمُ في المستعير إذا رهنَ، ومتى ضمنَ المرتهنُ الثَّاني والمرتهنُ من المستعير يَرجعُ كلٌّ منهما بالدَّين على الرَّاهن عنده؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّ الدَّينَ لا رهنَ به؛ لأنَّهما مَلَكاه بضمانه.

---

(١) «جامع الرموز»: ص٤٤٩.

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٢.

(٣) «تفصيل عقد الفرائد»: فصل من كتاب المضاربة والوديعة: ٢/ ٥٣.

الخامسةُ: لا يملكُ المرتهنُ أن يرهنَ، فيَضمنُ، وللمالك الخيارُ، ....

وفي «حاشية أبو السُّعود على مسكين»: قال الشُّرنبلاليُّ: وسكتَ عمَّا لو ضمنَ المرتهنُ، فينظرُ حكمُه[1]. قال شيخُنا: حكمُ المرتهن في هذه الصُّورة حكمُ الغاصب كما ذكره نوح أفندي؛ لأنَّه قبضَ مالَ الغير بلا إذنه ورضاه، فيكون للمعير تضمينُه، وبأداء الضَّمان يكون الرَّهنُ هالكاً على ملك مرتهنه، ولا رجوعَ له على الرَّاهن المستعيرِ بما ضمنَ؛ لِمَا علمتَ من كونه غاصباً، ويَرجعُ بدَيْنه. اهـ. وتقييدُه بقوله: "ولا رُجوعَ له على الرَّاهن المستعير" للاحتراز عمَّا لو كان الرَّاهنُ مرتهناً، فإنَّه يرجعُ على الأوَّل. اهـ[2]. وهذا ما ذكرَه الشَّارحُ بقوله: (وفي شرح الوهبانيَّة... إلخ)، فليس بياناً لِمَا سكتَ عنه المصنِّفُ كما يوهمُه كلامُه، بل بيانٌ لفائدةٍ أخرى. تأمَّل، ولكن بيانَه الذي قدَّمناه قبل عبارة أبي السعود.

والحاصلُ: أنَّ ما في «شرح الوهبانيَّة» ليس مما نحن فيه؛ إذ كلامُنا في رهن المستعير، وما فيه في رهن المرتهن، وعليه فكان الأَوْلى أن يقول: لِمَا سيأتي في كتاب الرَّهن من أنَّه إن قيَّدَه بقَدْرٍ أو جنسٍ لو مرتهناً تقيَّدَ، فإن خالَفَ ضمَّنَ المعيرُ المستعيرَ أو المرتهنَ، إلا إذا خالَفَ إلى خيرٍ، فإن ضمنَ المستعيرُ تمَّ عقدُ الرَّهنَ، وإن ضمنَ المرتهنُ يرجعُ بما ضمنَ وبالدَّين على الراهن، وإن وافَقَ وهلكَ عند المرتهن؛ صارَ مستوفياً لدَيْنه، ووجبَ مثلُه للمعير على المستعير إن كان كلُّه مضموناً، وإلا ضمنَ قدرَ المضمون والباقي أمانةٌ... إلخ.

(قوله: الخَامِسَةُ) أي: من مسائل النَّظم المتقدِّم قريباً، وقد سلفَ ما فيه.

(قوله: أَنْ يَرْهَنَ) أي: بدون إذن الرَّاهن.

---

(١) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٤٢ (بهامش درر الحكام).

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٣.

ويَرجعُ الثَّاني على الأوَّل. (وَرَجَعَ) المستأجِرُ (عَلَى المُسْتَعِيرِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِأَنَّهُ عَارِيَةٌ فِي يَدِهِ) دفعـًا لضرر الغَرَر.

(وَلَهُ أَنْ يُعِيرَ مَا اخْتَلَفَ اسْتِعْمَالُهُ أَوْ لا إِنْ لَمْ يُعَيِّن) المعيرُ (مُنْتَفِعـًا، وَ) يُعيرُ (مَا لا يَخْتَلِفُ

(قوله: وَيَرْجِعُ الثَّانِي) أي: إن ضَمنَ.

(قوله: عَلَى الأَوَّلِ) يعني: أنَّ المرتهنَ لا يملكُ الرَّهنَ، ولو رهنَ وهلكَ الرَّهنُ؛ فللمالك الخيارُ: إن شاءَ ضمَّنَ المرتهنَ الأوَّلَ، أي: ولا يرجعُ على أحدٍ كما في ابن الشِّحنة[1]، وإن شاءَ ضمَّنَ الثَّانيَ، فإن ضمنَ الثَّاني رجعَ على الأوَّل؛ لأنَّه غرَّه في ضمن عقدٍ. فهذا ليس بيانـًا لِمَا سكت عنه المصنِّفُ كما يوهمُه كلامُه كما عرفتَ.

(قوله: إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِأَنَّهُ عَارِيَّةٌ فِي يَدِهِ) بأن نصَّ على الإطلاق كما سيذكرُه قريبـًا، أمَّا إذا علمَ؛ فلا رُجوعَ لعدم الغرر.

(قوله: مَا اخْتَلَفَ اسْتِعْمَالُهُ أَوْ لا) الأوَّلُ كاللُّبس والرُّكوب والزِّراعة، والثَّاني كالسُّكنى والحمل والاستخدام.

(قوله: إِنْ لَمْ يُعَيِّنِ المُعِيرُ مُنْتَفِعـًا) أي: بأن نصَّ على الإطلاق، كما لو استعارَ دابَّةً للرُّكوب أو ثوبـًا للُّبس؛ له أن يُعيرَها، ويكون ذلك تعيينـًا للرَّاكب واللَّابس، فإن رَكبَ هو بعد ذلكَ؛ قال الإمامُ علي البزدويُّ: يكون ضامنـًا، وقال السَّرخسيُّ وخواهر زاده: لا يضمنُ. كذا في «فتاوى قاضيخان». وصحَّحَ الأوَّلَ في «الكافي». «بحر»[2]. وسيأتي قريبـًا.

أقول: وهذا بظاهره يخالفُ ما تقدَّمَ عن «الوهبانيَّة»، والظَّاهرُ: حملُه على ما إذا لم

---

(١) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٥٣.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨١.

إِنْ عَيَّنَ) وإن اختلفَ لا؛ للتَّفاوت، وعزاهُ في «زواهر الجواهر» «للاختيار»[1] ....

يأمُرْه المالكُ بذلك أو لم يُبحْه له، أمَّا إذا أمرَه بذلك أو أباحَه له؛ فيجوزُ كما هنا، وقدَّمناه عن شارحها.

وما في «البحر» عن «المحيط»: استعارَ دابَّةً ليركبَها، فركبَ وأركبَ غيرَه، فعطبتْ؛ ضمنَ نصفَ قيمتها[2]؛ معناهُ: أنَّهما ركباها معاً؛ لأنَّ سببَ العطب ركوبُهما معاً، وأحدُهما مأذونٌ فيه، فلهذا ضمنَ النِّصفَ، حتَّى لو أركبَ غيرَه فقط ضمنَ الكلَّ. هكذا استظهره العلَّامةُ أبو السعود[3]. وقولُه: "حتَّى لو أركبَ غيرَه" يعني: بعدما رَكبَ هو؛ لأنَّ له أن يُعيرَ ما اختلفَ استعمالُه إن لم يُعيِّن منتفعاً كما سمعتَ.

(قوله: إِنْ عَيَّنَ) أي: منتفعاً. (قوله: وَإِنِ اخْتَلَفَ لَا) أي: إن عيَّن منتفعاً واختلفَ استعمالُه لا يُعيرُ للتَّفاوت. قالوا: الرُّكوبُ واللُّبسُ مما اختلفَ استعمالُه، والحملُ على الدابَّة والاستخدامُ والسُّكنى مما لا يَختلفُ استعمالُه. قاله أبو الطَّيب. وقال الشُّمنيُّ: لأنَّ التَّقييدَ بالمنتفِع فيما لا يَختلفُ استعمالُه لا يفيدُ لعدم التَّفاوت، بخلاف ما يختلفُ استعمالُه؛ لأنَّ المعيرَ رضيَ بذلك المعيَّن دون غيره. اهـ مدني. قال الشُّرنبلاليُّ: أقول: هذا القيدُ ليس باحترازيٍّ؛ لقول الزَّيلعيِّ: وإن كان لا يَختلفُ ـ يعني: النَّفعَ ـ كالسُّكنى والحمل؛ جاز أن يفعلَ بنفسه وبغيره في أيِّ وقتٍ شاءَ؛ لأنَّ التَّقييدَ بالانتفاع فيما لا يختلفُ لا يفيدُ[4]. إلا أن يقال: إنَّ "إنْ" للوصل، وإن كان الأكثرُ استعمالَها مقرونةً بواو

(١) «الاختيار»: ٣/ ٥٦.

(٢) «المحيط الرضوي»: ٥/ ١٣٦، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٢.

(٣) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٣.

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٦.

(وَمِثْلُهُ) أي: كالمعار (المُؤْجَرُ) وهذا عند عدم النَّهْي، فلو قال: لا تدفعْ لغيرِكَ، فدفعَ فهلكَ؛ ضمنَ مطلقاً. «خلاصة». (فَمَنِ اسْتَعَارَ دَابَّةً أَوْ اسْتَأْجَرَهَا مُطْلَقاً) بلا تقييدٍ

الحال على حدِّ قوله تعالى: ﴿فَذَكِّرْ إِن نَّفَعَتِ ٱلذِّكْرَىٰ﴾[الأعلى: ٩][1]، فـ"إنْ" فيه وصليَّةٌ بدون واوٍ وإن كان قليلاً. اهـ.

أقول: هذا البحثُ ساقطٌ غيرُ واردٍ؛ لأنَّ المصنِّفَ قدَّمَ أنَّه يُعيرُ مطلقاً إن لم يُعيِّنْ، وأفاد ثانيا أنَّه إن عيَّنَ يُعيرُ ما لا يختلفُ. وقال الشَّارحُ: (وإن اختلفَ لا)، فكان هذا تصريحاً بالمفهوم وتفصيلاً له، والشَّارحُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لم يُعوِّلْ على هذا البحث لِمَا ذكرنا، وهذا إنَّما يَرِدُ على مثل عبارة العينيِّ عند قول «الكنز»: ويُعيرُ ما لا يختلفُ بالمستعمل[2]، أي: باختلاف المستعمل كالسُّكنى والحمل، هذا إذا صدرتْ مطلقةً، وإن كانتْ مُقيَّدةً بشيءٍ تتقيَّدُ به. اهـ[3]. فيردُ عليه ما قاله من أنَّ التَّقييدَ بالانتفاع فيما لا يختلفُ لا يفيدُ.

(قوله: وَمِثْلُهُ المُؤْجَرُ) بفتح الجيم، أي: إذا أجَرَ شيئاً، فإن لم يُعيِّنْ من يَنتفعُ به؛ فللمستأجِرِ أن يُعيرَه سواءٌ اختلفَ استعمالُه أو ،لا وإن عيَّنَ؛ يُعيرُ ما لا يختلفُ استعمالُه، لا ما اختلفَ. «منح».

(قوله: مُطْلَقاً) بلا تقييدٍ. أقول: الظَّاهرُ: أنَّه أرادَ بالإطلاق: عدمَ التَّقييد بمنتفِعٍ معيَّنٍ؛ لأنَّه سيذكرُ الإطلاقَ في الوقت والنَّوع، وإلا لزمَ التَّكرارُ. تأمَّل. قال في «التَّبيين»: ينبغي أن يُحملَ هذا الإطلاقُ الذي ذكره هنا فيما يختلفُ باختلاف المستعمل كاللُّبس والرُّكوب والزِّراعة على ما إذا قال: "على أن أُركبَ عليها مَن أشاءُ"، كما حُملَ الإطلاقُ الذي ذكره

(١) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٤٢ (بهامش درر الحكام).

(٢) «كنز الدقائق»: ص٥٣٤.

(٣) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨٣.

(يَحْمِلُ) ما شاءَ، (وَيُعِيرُ لَهُ) للحملِ، ....

في الإجارة على هذا. اهـ[1]. فما أوهمَه قولُ المؤلف: (بلا تقييدٍ) بالنَّظَر لِمَا يختلفُ لا يتمُّ. ط[2].

قلتُ: فعلى هذا يُحملُ قولُ المصنِّف سابقاً: (إن لم يعيِّن) بالنِّسبة للمختلف على ما إذا نصَّ على الإطلاق، لا على ما يشملُ السُّكوتَ، لكن في «الهداية»: لو استعارَ دابَّةً ولم يُسمِّ شيئاً؛ له أن يَحملَ ويُعيرَ غيرَه للحمل ويركبَ غيرَه... إلخ[3]، فراجِعْها.

(قوله: يَحْمِلُ مَا شَاءَ) أي: من أيِّ نوعٍ كان؛ لأنَّه أمرَه بالانتفاع مطلقاً، والمطلقُ يتناولُ أيَّ انتفاعٍ شاءَ في أيِّ وقتٍ شاءَ، وإليه التَّعيينُ بفعله: إن شاءَ استعمَلَها في الرُّكوب أو في الحمل عليها، وأيَّ ذلك فعلَ لا يمكِنُه أن يفعلَ غيرَه بعد ذلك؛ لأنَّ المطلقَ إذا تعيَّنَ بقيدٍ لا يبقى مطلقاً بعد ذلكَ. ويُشترطُ في الحمل أن تُطيقَه الدابَّةُ، أمَّا لو كان لا تُطيقُه فهلكتْ؛ ضَمنَ؛ لأنَّه ليس له ذلك حتَّى في دابَّتِهِ نفسه. ط بزيادةٍ[4].

أقول: الذي يظهرُ لي: أنَّ الإطلاقَ في غير الدَّوابِّ المعدَّة للرُّكوب خاصَّةً، أمَّا هي كأصائل الخيلِ المعروفة بالقسرافات من خيل العرب كالمعنقيَّة والجدرانيَّة، وكحيلة العجوز حتَّى السطة منها كالمسمَّاة بسمار الخيل، فإنَّها لا تحملُ عادةً وعرفاً، والمعروفُ عُرفاً كالمشروط شرطاً، فلو حملَ عليها ـ ولو قَدْرَ طاقتها مما يُحملُ عادةً على غيرها من بقيَّة الخيل التي تحملُ عادةً ـ وعطبتْ ينبغي أن يضمنَ. تأمَّلْ وراجعْ.

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٦.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٧.

(٣) «الهداية»: ٣/ ٢٢٠.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٧ عن الشلبي.

(وَيَرْكَبُ) عملاً بالإطلاق، (وَأَيًّا فَعَلَ) أوَّلاً؛ (تَعَيَّنَ) مراداً، (وَضَمِنَ بِغَيْرِهِ) إن عَطبتْ، حتَّى لو ألبسَ أو أركبَ غيرَه؛ لم يركبْ بنفسه بعده، هو الصَّحيحُ. «كافي». (وَإِنْ أَطْلَقَ) المعيرُ أو المؤجِرُ (الاِنْتِفَاعَ فِي الوَقْتِ وَالنَّوْعِ؛ انْتَفَعَ مَا شَاءَ أَيَّ وَقْتٍ شَاءَ) ....

(قوله: وَيَرْكَبُ) بفتح أوَّله وضمه، أي: بنفسه ويُعيرُ له، وحذفَه للعلم به من سابقه.

(قوله: وَضَمِنَ بِغَيْرِهِ... إلخ) أي: فيما يَختلفُ بالمستعمِلِ كما يفيدُه السِّباقُ واللَّحاقُ. سائحاني. وقدَّمْنا عن الزيلعيِّ: أنَّه ينبغي تقييدُ عدم الضَّمان فيما يختلفُ بما إذا أطلقَ الانتفاعَ. فافهمْ.

(قوله: هُوَ الصَّحِيحُ) فإن ركبَ وعَطبتْ؛ ضَمِنَ؛ لأنَّه تعيَّنَ بالفعل، فيكون خلافُه تعدِّياً. قال شيخُ الإسلام المعروفُ بخواهر زاده: إنَّه لا يَضمنُ، وهذا أصحُّ عندي؛ لأنَّ المستعيرَ من المستعير إذا لم يَضمنْ بالرُّكوب أو اللُّبْس؛ لأنَّه استعملَ العينَ بإذن المستعير وتمليكِه؛ فلأنْ لا يَضمنَ إذا ركبَ بعد ذلك بنفسه بالطَّريق الأَوْلى؛ لأنَّه استعملَه بالملك؛ لأنَّه لو لم يَملكْ لَمَا ملَّكَ غيرَه. وأقرَّه الأتقانيُّ.

(قوله: مَا شَاءَ) أي: أيَّ نوعٍ شاءَ، وأيًّا فعلَ تعيَّنَ. روى بشرٌ عن أبي يوسفَ: إذا استعارَ دابَّةً أو ثوباً، فاستعملَ في المصر، ثمَّ خرجَ بها من المصر واستعملَ؛ فهو ضامنٌ، وإن لم يَستعملْ؛ ففي الثَّوب لا يَضمنُ؛ لأنَّ الخروجَ به حفظٌ، وفي الدابَّة يضمنُ؛ لأنَّ الخروجَ بها تضييعٌ معنىً كما في «الذَّخيرة»[1]. ومن استعارَ دابَّةً ليركَبَها إلى مكانٍ معلومٍ، ففي أيِّ طريقٍ ذهبَ وكان مما يسلُكُه النَّاسُ لم يَضمنْ، وإن كان مما لا يسلكُه النَّاسُ ضَمنَ؛ لأنَّ مطلقَ الإذن ينصرفُ إلى المتعارف كما في «الفصول العماديَّة»[2].

(١) «الذخيرة البرهانية»: ٨/ ١٧٣.

(٢) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٥٢/ آ فيض الله.

لِمَا مرَّ، (وَإِنْ قَيَّدَهُ) بوقتٍ أو نوعٍ أو بهما؛ (ضَمِنَ بِالخِلَافِ إِلَى شَرٍّ فَقَطْ) ....

(قوله: لِمَا مَرَّ) من العمل بالإطلاق.

(قوله: وَإِنْ قَيَّدَهُ بِوَقْتٍ) أي: ولو التَّقييدُ معنىً، حتَّى لو استعارَ كتاباً ليُحضرَ فيه درسَ فلانٍ، فأتمَّه أو تركَ الدَّرسَ؛ وجبَ ردُّه؛ لأنَّه مقيَّدٌ معنىً بمدَّةِ قراءة الكتاب وهو يحضُرُه. وقدَّمنا مسألةَ استعارةَ القدُّوم، وهي نظيرُها. قال في «البحر»: وإذا قيَّدَها بوقتٍ؛ فهي مطلقةٌ إلا في حقِّ الوقت، حتَّى لو لم يردَّها بعد الوقت مع الإمكان؛ ضَمنَ إذا هلكتْ، سواءٌ استعمَلَها بعد الوقت أم لا. اهـ. ولو كانت مقيَّدةً بالمكان؛ فهي مطلقةٌ إلا من حيث المكان، حتَّى لو جاوَزَه ضَمنَ، وكذا لو خالَفَ ضَمنَ وإن كان هذا المكانُ أقربَ من المكان المأذون فيه. «خلاصة». وفي «فتاوى قاضيخان»: إذا استعارَ دابَّةً إلى موضعٍ كذا؛ كان له أن يَذهبَ عليها ويجيءَ، وإن لم يُسمِّ له موضعاً؛ ليس له أن يخرجَ بها من المصر. اهـ[1]. ومثلُه في «جامع الفصولين».

(قوله: أَوْ بِهِمَا) أي: فتتقيَّدُ من حيث الوقت كيفما كان، وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلفُ باختلاف المستعمِلِ، وفيما لا يَختلفُ لا تتقيَّدُ؛ لعدم الفائدة كما مرَّ، وقد قيَّدَ هذا الأخيرَ كما في «البدائع» وقضى بالخلاف إلى مثلٍ أو خيرٍ، ولم يذكر التَّقييدَ بالمكان، لكن أشار إليه الشَّارحُ في الآخر، وذكره المصنِّفُ قبل قوله: (ولا تؤجرُ) فقال: استعارَ دابَّةً ليركَبَها في حاجةٍ إلى ناحيةٍ سمَّاها، فأخرَجَها إلى النَّهر ليَسقيَها في غير تلك النَّاحية؛ ضمنَ إذا هلكتْ، وكذا إذا استعارَ ثوراً ليَكربَ أرضَه فكربَ أرضاً أخرى يضمنُ، وكذا إذا كرى ثوراً أعلى منه لم تجرِ العادةُ به. وفي «البدائع»: اختلَفا في الأيَّام أو المكان أو ما يحملُ؛

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٥٢، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٣.

لا إلى مِثل أو خير. (وَكَذَا تَقْيِيدُ الإِجَارَةِ بِنَوْعٍ أَوْ قَدْرٍ) مثلُ العارية.

(عَارِيَةُ الثَّمَنَيْنِ، وَالمَكِيلِ، وَالمَوْزُونِ، وَالمَعْدُودِ المُتَقَارِبِ) ....

فالقولُ للمعير بيمينه[1]. وفي الداماد: وإن اختَلَفا فيما يحملُ على الدابَّة أو في مسافة الرُّكوب والحمل أو في الوقت؛ فالقولُ في ذلك كلِّه للمعير بيمينه[2]. وفي «جامع الفصولين»: استعارَها شهراً؛ فهو على المصر، وكذا في إعارةِ خادمٍ وإجارته وموصىً له بخدمتِه. اهـ.

(قوله: لَا إِلَى مِثْلٍ) بأنَّ استعارَ دابَّةً ليَحملَ عليها عشرةَ أقفزةٍ من حنطةٍ معيَّنةٍ، فحملَ عليها هـذا القَدْر من حنطةٍ أخرى، أو ليحملَ عليها حنطةَ نفسه، فحملَ عليها حنطةَ غيره.

(قوله: أَوْ خَيْرٍ) بأنَّ حملَ قدرَ هذه الأقفزة المعيَّنة من الشَّعير، فإنَّه لا يكون ضامناً؛ لأنَّه إنَّما يُعتبرُ من تقييده ما يكون مفيداً، حتَّى لو سمَّى مِقداراً من الحنطة وزناً، فحملَ مثلَ ذلك الوزن من الشَّعير؛ ففي القياس يضمنُ، واختاره الإمامُ السَّرخسيُّ؛ لأنَّه يأخذُ من ظهر الدَّابَّة أكثرَ مما تأخذُه الحنطةُ. كذا في «النِّهاية»[3]. وصحَّحَ الولوالجيُّ عدمَ الضَّمان. وخواهـر زادهْ سوَّى بين الكيل والوزن، وهو الصَّحيحُ، قال: لأنَّه أقلُّ ضرراً، بخلاف التِّبْن؛ لأنَّه يأخذُ ما وراءَ موضع الحمل، وهو أضعفُ من الحمل، وهو الاستحسانُ، وبه كان يُفتي الصَّدرُ الشَّهيدُ كما في «الفصول العماديَّة»[4].

(قوله: مِثْلُ العَارِيَةِ) على تقدير "أي".

(قوله: وَالمَعْدُودِ المُتَقَارِبِ) مثل الجَوْز والبيض، وكذلك الأقطانُ والصُّوفُ

(١) «بدائع الصنائع»: ٦/ ٢١٦.

(٢) «مجمع الأنهر»: ٢/ ٣٤٩.

(٣) «النهاية»: كتاب الإجارات: ٩/ ١٩٦ ط العلمية.

(٤) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٥٣/ آ فيض الله.

عند الإطلاق (قَرْضٌ) ضرورةَ استهلاكِ عينها، ....

والإبريسمُ والمسكُ والكافورُ وسائرُ متاع العِطْر التي لا تقعُ الإعارةُ على منافعها قرضٌ كما قدَّمناه.

(قوله: عِنْدَ الإِطْلَاقِ) هو عدمُ وجود ما يَقتضي الانتفاعَ بها مع بقاءِ عينها الذي سيشيرُ إليه بقوله: (حتى لو استعارها... إلخ).

(قوله: قَرْضٌ) أي: إقراضٌ ولو كان قيميّاً. «بحر»[1]. لأنَّ العاريةَ بمعنى الإعارة كما مرَّ، وهي التَّمليكُ. وتمامُه في «العزميَّة».

(قوله: ضَرُورَةَ اسْتِهْلَاكِ عَيْنِهَا) يعني: والعاريةُ الحقيقيَّةُ ما يُنتفعُ بها مع قيام العين، قال في «التَّبيين»: لأنَّ الإعارةَ إذنٌ في الانتفاع به، ولا يتأتَّى الانتفاعُ بهذه الأشياء إلا باستهلاك عينها، ولا يملكُ الاستهلاكَ إلا إذا مَلكَها، فاقتضتْ تمليكَ عينها ضرورةً، وذلك بالهبة أو بالقرض، والقرضُ أدناهما ضرراً؛ لكونه يُوجبُ ردَّ المثل، وهو يقومُ مقامَ العين. اهـ[2]. أي: فوجب المصيرُ إليه، ولأنَّ للقرض شَبَهاً بالعارية؛ لأنَّ فيها يَستردُّ عينَها بعد الانتفاع، وفي القرض يستردُّ مِثلَه، والمثلُ يقومُ مقامَ العين عند تعذُّرِها. ومثلُه في «الدُّرَر» والعينيِّ[3]. قالوا: هذا إذا أطلقَ الإعارةَ، وأمَّا إذا عيَّنَ الجهةَ بأنَّ استعارَ دراهمَ ليُعيرَ بها ميزاناً، أو يُزيِّنَ بها دكَّاناً؛ لم يكن قرضاً، ولا يكون إلا المنفعةُ المسمَّاةُ. ذكره في «الإيضاح»[4].

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٣.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٨.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٣.

(٤) «الإيضاح»: ٢/ ٢٩٥.

(فَيَضْمَنُ) المستعيرُ (بِهَلَاكِهَا قَبْلَ الانْتِفَاعِ) لأنَّه قرضٌ، حتَّى لو استعارَهما ليُعيِّرَ الميزانَ أو يَزينَ الدُّكَّانَ كان عاريةً، ....

(قوله: فَيَضْمَنُ المُسْتَعِيرُ بِهَلَاكِهَا قَبْلَ الانْتِفَاعِ) ويصحُّ بيعُه من مُقرِضه؛ لأنَّه باعَ ملكَ نفسه، ولو اشتراهُ من مُقرِضه لا يصحُّ؛ لأنَّه اشترى ملكَ نفسه، ولو اشترى ما عليه من مقرضٍ صحَّ؛ لأنَّه مقدورُ التَّسليم بكونه في ذمَّته، وإن تفرَّقا قبل قبضِه بدلَه؛ فسدَ للافتراق عن دَيْنٍ بدَيْنٍ، وإن نقدَ في المجلس صحَّ. اهـ ط عن الشِّلبيِّ[1].

(قوله: حَتَّى لَوِ اسْتَعَارَهُمَا) أي: الثَّمنين، وهو تفريعٌ على مفهوم قوله: (عند الإطلاق).

(قوله: لِيُعِيرَ المِيزَانَ) أي: بالدَّنانير مثلاً، قال في «القاموس»: وعيرُ الدَّنانير: وزنُها واحداً بعد واحدٍ[2]، وفي «المختار»: وعارَ المكيلَ والموازينَ عِياراً، ولا تقل: عيَّرَ، والمعيارُ بالكسر: العِيارُ، والأصلُ: عايَرَ[3]، والجوهريُّ نهى عن أن يقال: عيَّرَ[4]. «يعقوبيَّة».

(قوله: أَوْ يَزِينَ) بفتح الياء من زانَ، وهو متعدٍّ، ومنه الحديثُ: «مَا دَخَلَ الرِّفْقُ فِي شَيْءٍ إِلَّا زَانَهُ»[5]. ط[6]. أو بضمِّ الياء مع تشديد الياء الثَّانية من الزِّينة، ومنه قولُه تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾[النحل: ٨].

(قوله: كَانَ عَارِيَّةً) لأنَّه أمكنَ العملُ بحقيقة الإعارة، وهو تمليكُ المنافع مع بقاءِ العين

---

(١) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٧، «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٧.

(٢) «القاموس المحيط»: ص٤٤٧.

(٣) «مختار الصحاح»: ص٢٢٢.

(٤) «الصحاح»: ص٧٦٤.

(٥) رواه مسلم: ٢٥٩٤ من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا.

(٦) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٧.

ولو أعارَ قصعةَ ثريدٍ؛ فقرضٌ، ولو بينهما مُباسطةٌ؛ فإباحةٌ. وتصحُّ عاريةُ السَّهْم، ولا يَضمنُ؛ لأنَّ الرَّميَ يَجري مجرى الهلاك. «صيرفيَّة».

على ملك المعير. ط[1]. ولأنه عيَّنَ الانتفاعَ، وإنَّما تكون قرضاً عند الإطلاق كما تقدَّمَ.

(قوله: فَقَرْضٌ) فعليه مثلُها أو قيمَتُها. «خلاصة» و«منح».

أقول: وهو مشكلٌ؛ لأنَّ القرضَ لا يكون في القيميَّات ولا يُضمنُ بالقيمة. وجوابُه: إنَّ قرضَ القيميِّ فاسدٌ، وقدَّمَ الشَّارحُ: أنَّ المقبوضَ بقرضٍ فاسدٍ كالمقبوض ببيعٍ فاسدٍ، أي: فيكون مضموناً بالقيمة. تأمَّلْ. وقدَّمناه.

(قوله: فَإِبَاحَةٌ) ولا ضمانَ؛ لأنَّه يستهلِكُها على ملك المبيح. قال في «الخانيَّة»: "أعرْتُكَ هذه القصعةَ من الثَّريد"، فأخذَها وأكلَها؛ كان عليه مِثلُها أو قيمَتُها، قال الفقيهُ أبو اللَّيث: هذا إذا لم يكن بينهما دلالةُ الهبة والتَّهادي. اهـ[2]. كما قدَّمناه.

(قوله: وَتَصِحُّ عَارِيَّةُ السَّهْمِ) أي: ليَغزوَ دارَ الحرب؛ لأنَّه يمكنُ الانتفاعُ به في الحال، وإنَّه يحتملُ عودُه إليه برمي الكفرة بعد ذلك. «منح» عن «الصَّيرفيَّة». ونقلَ عنها قبل هذا: أنَّه إن استعارَ سهماً ليغزوَ دارَ الحرب لا يصحُّ، وإنْ لرمي الهدف صحَّ. لأنَّه في الأوَّل لا يمكنُ الانتفاعَ بعين السَّهْم إلا بالاستهلاك، وكلُّ عاريةٍ كذلك تكون قرضاً لا عاريةً.

(قوله: لِأَنَّ الرَّمْيَ يَجْرِي مَجْرَى الهَلَاكِ) أي: من غير تعدٍّ للإذن فيه، فلا يكون ضامناً.

(قوله: «صَيْرَفِيَّة») عبارَتُها -كما في «المنح»- عنها: استعارَ سهماً: إن استعارَ ليغزوَ دارَ الحرب لا يصحُّ، وإن استعارَ لرمي الهدف صحَّ؛ لأنَّه في الأوَّل لا يمكنُ الانتفاعُ به إلا باستهلاك السَّهْم، وكلُّ عاريةٍ لا يمكن الانتفاعُ بها إلا باستهلاك ذلك العين تكون قرضاً لا

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٧.

(٢) «الفتاوى الخانية»: كتاب الهبة: ٤/ ١٦٩.

(وَلَوْ أَعَارَ أَرْضًا لِلْبِنَاءِ وَالغَرْسِ؛ صَحَّ) للعلمِ بالمنفعة، (وَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ مَتَى شَاءَ) ......

عاريةً؛ لأنَّه لو غزا في دار الحرب ورمى إلى عدوٍّ ووقعَ السَّهمُ بينهم؛ فلا يَقدرُ على تخليصه، فيكون مُستهلكًا، فلا يصحُّ. قلتُ: "قرد": يصحُّ؛ لأنَّه يمكن الانتفاعُ به في الحال، فإنَّه يحتملُ عودُه إليه برمي الكفرة بعد ذلك، وأفتى "قح": بأنَّه يصحُّ. ثم قال "هـ": وتصحُّ عاريةُ السِّلاح، وذكرَ في السَّهم أنَّه لا يَضمنُ كالقرض؛ لأنَّ الرَّميَ يجري مجرى الهلاك. اهـ[1].

وهذه النُّسخةُ التي نقلتُ منها هكذا، والذي في نسخةٍ مصحَّحةٍ عليها خطوطُ بعض العلماء، وكان في الأصل مكتوبًا: لا يضمنُ، فحُكَّ منها لفظةُ: لا، ويدلُّ عليه تنظيرُه بقوله: كالقرض، ولكن كان الظَّاهرُ على هذا أن يقال في التَّعليل: لأنَّ الرَّميَ يجري مجرى الاستهلاك. فتعبيرُه بالهلاك يَقتضي عدمَ الضَّمان. فتأمَّل وراجعْ. وقولُه: "إن استعارَ ليغزوَ دارَ الحرب لا يصحُّ" أي: عاريةً، بل يكون قرضًا، بدليل قوله بعدُ: "يكون قرضًا لا عاريةً"، وأرادَ بالقرض: الفسادَ؛ لأنَّه غيرُ مثليٍّ، فالذي نقله الشَّارحُ هو ملخَّصُ ما أشار إليه صاحِبُها بقوله: "قلت... إلخ".

(قوله: وَالغَرْسِ) بفتح الغين وكسرها كما في «البحر» عن «المغرب»[2].

(قوله: لِلْعِلْمِ بِالمَنْفَعَةِ) أي: لأنَّ منفعتَها معلومةٌ تُملكُ بالإجارة، فتملكُ بالإعارة. «درر»[3]. بل الإعارةُ أَوْلى لكونها تبرُّعًا. قال سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللَّهُ: وفي هذا التَّعليل تأمُّلٌ. اهـ[4].

---

(١) «منح الغفار»: ق٥٢٣/آ فيض الله.

(٢) «المغرب»: ص٣٣٩، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٣.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٣.

(٤) «رد المحتار»: ١٤/ ٥٢٤.

لِمَا تقرَّرَ: أنَّها غيرُ لازمةٍ، (**وَيُكَلِّفُهُ قَلْعَهُمَا، إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهِ مَضَرَّةٌ بِالأَرْضِ، فَيُتْرَكَانِ بِالقِيمَةِ مَقْلُوعَيْنِ**) لئلَّا تتلفَ أرضُه، (**وَإِنْ وَقَّتَ**) العاريةَ، (**فَرَجَعَ قَبْلَهُ**) كلَّفَه قلعَهما،

أقول: الظَّاهرُ: أنَّ وجهَ التَّأمُّلِ في التَّعليلِ: كونُ العلمِ بالمنفعةِ في العاريةِ لا يُشترطُ، بخلافِ الإجارةِ حيث يُشترطُ فيها أن تكونَ المنفعةُ معلومةً؛ لِمَا تقدَّمَ عن الشَّارحِ أوائلَ الكتابِ عن «العماديَّة» من جوازِ إعارةِ المشاعِ مُعلِّلاً بأنَّ جهالةَ العينِ لا تُفضي للمنازعةِ أو للجهالةِ؛ لعدمِ لُزُومِها اهـ. ومثلُه ما نقلناه ثمَّةَ عن «البحر»: بأنَّ جهالةَ المنافعِ لا تضرُّ في العاريةِ، أمَّا جهالةُ العينِ؛ فمُضرَّةٌ إذا كانت تُفضي إلى المنازعة. اهـ. وحيث لم يُشترطِ العلمُ بالمنفعةِ لها لا يصلحُ تعليلاً لها. وبه عُلِمَ وجهُ التَّأمُّلِ.

(**قوله: لِمَا تَقَرَّرَ أَنَّهَا غَيْرُ لازِمَةٍ وَيُكَلِّفُهُ قَلْعَهُمَا**) وأيُّهما طلبَ القلعَ أجيبَ. زيلعي[1]. ولا يضمنُ ما نقصَ من البناءِ والغرسِ؛ لعدمِ الغُرورِ عند عدمِ التَّوقيتِ؛ لأنَّه شغلَ أرضَ المعيرِ بهما، فيُؤمرُ بتفريغِه، إلا إذا شاءَ أن يأخُذَهما بقيمتِهما فيما إذا كانتِ الأرضُ تستضرُّ بالقلعِ، فحينئذٍ يضمنُ له قيمَتَهما مقلوعَيْن ويكونانِ له؛ كيلا تَتلفَ عليه أرضُه، ويستبدُّ - أي: يستقلُّ - هو بذلك؛ لأنَّه صاحبُ أصلٍ، بخلافِ ما إذا كانت لا تَستضرُّ بالقلعِ حيث لا يجوزُ التَّركُ إلا باتِّفاقِهما، بخلافِ القلعِ حيث لا يُشترطُ فيه اتِّفاقُهما كما في الزَّيلعيِّ[2].

(**قوله: فَرَجَعَ قَبْلَهُ**) يكرهُ الرُّجوعُ للخُلْفِ بالوعدِ؛ لقوله ﷺ: «المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[3]. أتقاني. وقيَّدَ بقوله: (قبله)؛ لأنَّه لو مضى الوقتُ؛ فصاحبُ الوقتِ

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٨.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٨.

(٣) رواه أبو داود: ٣٥٩٤ من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ورواه الترمذي: ١٣٥٢ وصححه من حديث عوف المزني رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(وَضَمِنَ) المعيرُ للمستعير (مَانَقَصَ) البناءُ والغرسُ (بِالقَلْعِ) ....

يقلعُ الأشجارَ والبناءَ ولا يضمنُ شيئاً عندنا، إلا أن يَضُرَّ القلعُ بالأرض، فيتملَّكُ البناءَ والغرسَ بالضَّمان، ويُعتبرُ في الضَّمان قيمتُه مقلوعاً. «هندية» عن «المحيط»[1].

(قوله: وَضَمِنَ المُعِيرُ لِلْمُسْتَعِيرِ مَا نَقَصَ البِنَاءُ وَالغَرْسُ) لأنَّه لَمَّا وقَّتَ وقتاً معلوماً؛ فالظَّاهرُ الوفاءُ بما وعدَ، فقد اعتمدَ على قولِه ووَثِقَ به، فقد غرَّه بخُلْفه، فيضمنُ، بخلاف غير الموقَّت. هذا ما مشى عليه في «الكنز» و«الهداية»[2]. وذكرَ في «البحر» عن «المحيط»: ضمانُ القيمة قائماً، إلا أن يَقلعَه المستعيرُ ولا ضررَ، فإن ضمنَ؛ فضمانُ القيمة مقلوعاً[3]. وعبارةُ «المجمع»: وألزمناه الضَّمانَ، فقيل: ما نقصَهما القلعُ، وقيل: قيمَتَهما ويملِكُهما، وقيل: إن ضرَّ يُخيَّرُ المالكُ، يعني: المعيرُ يُخيَّرُ بين ضمانِ ما نقصَ وضمانِ القيمة[4]. ومثلُه في «درر البحار» و«المواهب» و«الملتقى»[5]. وكلُّهم قدَّموا الأوَّلَ، وبعضُهم جزمَ به وعبَّرَ عن غيره بـ«قيل»، فلذا اختاره المصنِّفُ، وهو روايةُ القدوريِّ[6]، والثَّاني روايةُ الحاكم الشَّهيد كما في «غرر الأفكار».

فإن قلت: المغرورُ إنَّما يَرجعُ بما لَحقَه من الضَّرر على الغارِّ إذا كان في ضمن عقدِ المعاوضة، وهنا العاريةُ عقدُ تبرُّعٍ، سواءٌ وقَّتَ أم لم يُوقِّتْ، فإنَّه بالتَّوقيت لا يلحقُ بالعقود اللَّازمة، حتَّى إنَّ المعيرَ بعد التَّوقيت كان له الرُّجوعُ عن توقيته، فيأخذُ المستعارَ

---

(١) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٦٦، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٠.

(٢) «كنز الدقائق»: ص٥٣٤- ٥٣٥، «الهداية»: ٣/ ٢٢٠.

(٣) «المحيط الرضوي»: ٥/ ١٤٢، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٢- ٢٨٣.

(٤) «مجمع البحرين»: ص٤٨٦ ببعض زيادة.

(٥) «مواهب الرحمن»: ص٦٨٢، «ملتقى الأبحر»: ص١٤٢.

(٦) «مختصر القدوري»: ص١٣٣.

قبل مضيِّ الوقت، فكيف جازَ رجوعُ المغرور على الغارِّ في ضمن عقد التَّبرُّع، ولا يرجعُ الموهوبُ له من ضمان الاستحقاق على الواهب؛ لأنَّه ثبتَ في ضمن عقدِ تبرُّعٍ؟

قلت: قال في «المبسوط»: الوجهُ فيه: أنَّ كلامَ العاقل محمولٌ على الفائدة ما أمكنَ، فلا حاجةَ إلى التَّوقيت في تصحيح العارية شرعاً، ثمَّ لَمَّا وقَّت المعيرُ مع ذلك لا بُدَّ أن يكون لذكر الوقت فائدةٌ، وليس ذلك إلا التزامَ قيمة البناء والغرس، فكأنَّه أراد إخراجَه قبلَه، فصار تقريرُ كلامه كأنَّه قال: "ابْنِ في هذه الأرض لنفسكَ على أن أترُكَها في يدك إلى كذا، فإن لم أترُكْها فأنا ضامنٌ لك ما تُنفقُ في بنائكَ، ويكون بناؤكَ لي"، فإن بدا له في الإخراج ضمنَ قيمةَ بنائه وغرسه، ويكون كأنَّه بنى له بأمره[1]. من «النِّهاية» ملخَّصاً[2].

وقولُه: وليس ذلك... إلخ بناءً على ما ذكرَ الحاكمُ الشَّهيدُ، وأمَّا على ما ذكره المصنِّفُ تبعاً «للكنز» والقدوريِّ يقال: وليس ذلك إلا التزامُ ما نقصَ البناءُ والغرسُ بالقلع على الوجه المشروح، وقولُ الشَّارح: (ما نقص البناء والغرس) أي: نُقصانه على أنَّ "ما" مصدريَّةٌ، ويجوز أن تكون موصولةً، و(نقصَ) حينئذٍ من نقص المتعدِّي، فعلى هذا يكون البناءُ والغرسُ منصوبَيْن، وعلى الأوَّل مرفوعَيْن. كذا في «العناية»[3].

قال قاضي زاده: لا يظهرُ وجهُ صحَّة كون البناء والغرس منصوبَيْن ههنا؛ لأنَّ الذي نقصَ البناءَ والغرسَ إنَّما هو القلعُ، فيَصيرُ المعنى على تقدير نصب البناء والغرس: وضمنَ المعيرُ قلعَ البناء والغرس، وليس هذا بصحيحٍ؛ لأنَّ القلعَ ليس من جنس ما يُضمنُ، بل هو سببُ الضَّمان، وإنَّما المضمونُ قيمةُ البناء المنتقصة بالقلع، وتمنعُ أيضاً

(١) «المبسوط» للسرخسي: ١١/ ١٤٢.

(٢) «النهاية»: ٩/ ٨٠ ط العلمية.

(٣) «العناية»: ٩/ ١٤.

بأن يُقَوَّمَ قائمـًا إلى المدَّة المضروبة، وتُعتبرُ القيمةُ يومَ الاسترداد. «بحر». (وَإِذَا اسْتَعَارَهَا لِيَزْرَعَهَا؛ لَمْ تُؤْخَذْ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يُحْصَدَ الزَّرْعُ، ....

صحَّة المعنى على ذلك التَّقدير؛ إذ يصيرُ المعنى حينئذٍ: وضمنَ المعيرُ القلعَ بالقلع، ولا يخفى ما فيه، فالوجهُ رفعُ البناء والغرس لا غيرُ[١]. حموي[٢].

(قوله: بِأَنْ يُقَوَّمَ... إلخ) بيانُه: إذا أعاره أرضـًا ليَبنيَ فيها أو يغرسَ مدَّةَ سنتين مثلاً، ثمَّ رجعَ في العارية وأمرَه بقلع بنائه وغرسه، فيُسأَلُ أربابُ الخبرة بأنَّ هذا البناءَ والغرسَ لو بقيَ المدَّةَ المذكورةَ كم تُساوي قيمتُه الآنَ؟ فإذا كان ألفـًا مثلاً وقيمتُه الآن مقلوعـًا مائةٌ، فيَضمنُ تسعَمائةٍ.

(قوله: إِلَى المُدَّةِ المَضْرُوبَةِ) فيضمنُ ما نقصَ عنها كما علمتَ.

(قوله: وَتُعْتَبَرُ القِيمَةُ) أي: ابتداؤها.

(قوله: يَوْمَ الاسْتِرْدَادِ) أي: يومَ أرادَ ربُّ الأرض استردادَها؛ لأنَّ اعتبارَها يومَ الاسترداد أسهلُ كما في «البحر» عن الولوالجيِّ[٣]. ومثلُه في أبي السُّعود[٤]، خلافـًا لمن اعتبرَ قيمَتَها وقت مضيِّ المدَّة.

(قوله: قَبْلَ أَنْ يُحْصَدَ الزَّرْعُ) من الإحصاد، أي: يصير صالحـًا للحصاد، حصدَ الزَّرعَ: جزَّه، حَصْداً وحَصَاداً من بابي طَلَبَ وضربَ. كذا في «المغرب»[٥]. قال أبو السُّعود: من الثُّلاثي المجرَّد، قيل: والأصحُّ أن يُقرأ بكسر الصاد من: أحصدَ الزَّرعُ إذا حانَ حصادُه[٦].

---

(١) «نتائج الأفكار»: ٩/ ١٥ (تكملة فتح القدير).

(٢) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٨٦/ آ شهيد علي باشا.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٢.

(٤) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٤.

(٥) «المغرب»: ص١١٧.

(٦) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٤.

وَقَّتَهَا أَوْ لَا) فتُترَكُ بأجر المثل مراعاةً للحقَّين، فلو قال المعيرُ: "أُعطيكَ البذرَ وكُلْفَتَك": إن كان لم يَنبتْ لم يجزْ؛ لأنَّ بيعَ الزَّرع قبل نباته باطلٌ، وبعد نباته فيه كلامٌ، ....

(قوله: وَقَّتَهَا أَوْ لَا) يُوقِّت استحساناً.

(قوله: فَتُتْرَكُ بِأَجْرِ المِثْلِ) فإذا حصدَ الزَّرعَ؛ طالَبه بأجر المثل وإن لم يعقدْ، وكان الفقيهُ أبو إسحاقَ الحافظُ يقول: إنَّما يجب الأجرُ إذا أجَرَها منه صاحِبُها أو القاضي، وبدون ذلك لا يجب الأجرُ، فإن أبى المزارِعُ ضمانَ أجر المثل وكرِهَ القلعَ وأراد تضمينَ ربِّ الأرض قيمةَ الزَّرع؛ اختلفَ كلامُ صاحب «المنتقى»، ففي موضعٍ قال: له ذلكَ، إلا أن يرضى ربُّ الأرض بترك الزَّرع حتَّى يَستحصدَ، وفي موضعٍ قال: ليس له ذلك. «هنديَّة» مختصراً مزيداً[١]. ط[٢]. ونصَّ في «البرهان» على أنَّ التَّركَ بأجر المثل استحسانٌ. ثمَّ قال عن «المبسوط»: ولم يُبيِّنْ في الكتاب أنَّ الأرضَ تُتركُ في يد المستعير إلى وقت إدراك الزَّرْع بأجرٍ أو بغير أجرٍ، قالوا: وينبغي أن تُتركَ بأجر المثل، كما لو انتهتْ مدَّةُ الإجارة والزَّرعُ بقلٌ بعدُ[٣]. اهـ «شرنبلاليَّة»[٤]. ومثلُه في الزيلعيِّ[٥].

أقول: ونظيرُه ما سبق من إعارة أمةٍ تُرضعُ ولدَه، وإعارةِ فرسٍ للغزو... إلخ.

(قوله: مُرَاعَاةً لِلْحَقَّيْنِ) حقِّ صاحب الأرض المعارةِ؛ لثبوت الرُّجوع له فيها، وحقِّ صاحب الزَّرْع؛ لأنَّ مغرورٌ بإذنه له في الزَّرْع.

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٠.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٨.

(٣) «المبسوط» للسرخسي: ١١/ ١٤٢.

(٤) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٤٣ (بهامش درر الحكام).

(٥) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٨.

أشارَ إلى الجواز في «المغني». «نهاية».

(وَمُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَى المُسْتَعِيرِ، فَلَوْ كَانَتْ مُؤَقَّتَةً، فَأَمْسَكَهَا بَعْدَهُ، فَهَلَكَتْ؛ ضَمِنَهَا) ....

(قوله: **أَشَارَ إِلَى الجَوَازِ فِي «المُغْنِي»**) وهو المختارُ كما في «الغياثيَّة». ط[1].

وفي «البحر» بعد نقل هذه المسألة وعزوِها إلى «النِّهاية»[2]: ولو بنى حائطاً في الدَّار المستعارة؛ استردَّ المعيرُ الدَّارَ، فإذا أرادَ المستعيرُ أن يَرجعَ إليه بما أنفقَ؛ ليس له ذلكَ، وليس له أن يَهدمَ الحائطَ إن كان البناءُ من تُراب صاحب الأرض. كذا في «الخلاصة».

وفي «المحيط»: لو استعارَ أرضاً ليَبنيَ ويسكنَ، وإذا خرجَ فالبناءُ لصاحب الأرض، ولصاحب الأرض أجرُ مثلها مقدارَ السُّكنى، والبناءُ للمستعير؛ لأنَّ هذه إجارةٌ معنىً؛ لأنَّ الإعارةَ تمليكُ المنافع بغير عِوَضٍ، ولَمَّا شرطَ البناءَ له كانت إجارةً فاسدةً؛ لجهالة المدَّة والأجرة؛ لأنَّ البناءَ مجهولٌ، فوجب أجرُ المثل[3]. اهـ[4].

(قوله: **عَلَى المُسْتَعِيرِ**) لأنَّه قبضَ لمنفعة نفسه، والردُّ واجبٌ عليه. زيلعي[5].

(قوله: **ضَمِنَهَا**) أي: سواءٌ استعمَلَها بعد الوقت أو لا، وهو مختارُ السَّرخسيِّ. واختارَ صاحبُ «المحيط» وشيخُ الإسلام: أنَّه إنَّما يضمنُ إذا استعمَلَها بعد الوقت[6]، أمَّا إذا

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٨.

(٢) «النهاية»: ٩/ ٨١- ٨٢ ط العلمية.

(٣) «المحيط الرضوي»: ٥/ ١٤٢.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٣.

(٥) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٩.

(٦) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٦١.

استعمَلَها؛ فلا ضمانَ كما في «الشرنبلاليَّة» عن «المجمع»[1]. وفي «الكافي»: إنَّ العاريةَ بعد مضيِّ المدَّة تكون وديعةً، وصحَّحَه في «المجتبى» حيث قال: والصَّحيحُ: أنَّ ردَّ العارية لا يجبُ قبل الطَّلَب، وبعده يجبُ. اهـ. وهو حكمُ الوديعة، ففي المسألة قولان مصحَّحانِ.

قال في «البزَّازيَّة»: أعاره إلى اللَّيل فهلكَ قبلُ؛ لا يضمنُ، وإن هلكَ في اليوم الثَّاني؛ ذكرَ في الكتاب: أنَّه يضمنُ، قيل: أرادَ به: إن انتفعَ في اليوم الثَّاني به، فيكون غاصباً مخالفاً بالانتفاع بعد مضيِّ الوقت، أمَّا إذا لم يَنتفعْ لا يضمنُ، كالمودَع الموقَّت باليوم إذا أمسكَهَا بعده لا يَضمنُ. وقال السَّرخسيُّ: يَضمنُ على كلِّ حالٍ، واختارَه القاضي، وفرَّقَ بين العارية والوديعة: أنَّ الإمساكَ في الوديعة للمالك؛ لأنَّه بعد مضيِّ الوقت بنى على القبض السَّابق، وهو كان للمالك، وفي العارية الإمساكُ بعد مضيِّ الوقت لنفسه؛ لأنَّه بنى على القبض السَّابق، وذاك كان لنفسه، وعدمُ الضَّمان في الوقت كان للإذن، فلم يوجدْ بعد مُضيِّه، ولأن مؤنةَ ردِّ العارية على المستعير بالتَّقصير منه، وفي الوديعة على المالك. اهـ[2]. ومثلُه في «الخلاصة» و«جامع قارئ الهداية»، قال فيه: وهذا هو الأصحُّ. وبه أفتى في «الحامدية»، وأقرَّه عليه سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللَّهُ في «العقود الدرية»[3]. وقدَّمْنا أوائلَ الكتاب عند قوله: (ولعدم لزومها يرجعُ المعيرَ متى شاء ولو موقَّتةً) عن «فتاوى القاضي ظهير الدِّين»: إذا كانت العاريةُ موقَّتةً بوقتٍ، فأمسكَهَا بعد الوقت؛ فهو ضامنٌ،

(١) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٤٢ (بهامش درر الحكام). وعبارتُه: (ذكر صاحب المحيط وشيخ الإسلام: أنه إنما يضمنُ إذا انتفع بعد مضيِّ الوقت؛ لأنه حينئذٍ يصيرُ غاصباً، أما إذا لم ينتفع به في اليوم الثاني فلا يضمنُ). فلتصحح عبارةُ علاء الدين رَحِمَهُ اللَّهُ بناءً عليه.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٣٤.

(٣) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٨٣.

لأنَّ مؤنةَ الردِّ عليه. «نهاية»[1]. (إِلَّا إِذَا اسْتَعَارَهَا لِيَرْهَنَهَا) فتكونُ كالإجارة. رهنُ «الخانيَّة».

ويَستوي فيه أن تكون العاريةُ موقَّتةً نصّاً أو دلالةً، حتَّى إنَّ من استعارَ قدُوماً ليكسرَ الحطبَ، فكسرَه وأمسكَ حتَّى هلكَ؛ يضمنُ. وتمامُه ثمَّةَ، فراجِعْه.

(قوله: لِأَنَّ مُؤْنَةَ الرَّدِّ عَلَيْهِ) أي: أجرته عليه؛ لأنَّ قبضَ العينَ لمنفعة نفسه، والردُّ واجبٌ عليه. عيني[2]. فيَضمنُ إذا أمسَكَها بعد مضيِّ الوقت لتقصيره، فيكون مانعاً بعد مضيِّ الوقت، فيَضمنُ، بخلاف المستأجر؛ لأنَّه لا يجبُ عليه الردُّ، بل التَّخليةُ عند طلب المالك، فلو لم يوجدْ لم يوجدِ المنعُ، فلا يَضمنُ. ولا يخفى ما في كلام الشَّارح من التَّكرار بعد كون ما سلفَ مفرَّعاً عليه.

(قوله: إِلَّا إِذَا اسْتَعَارَهَا لِيَرْهَنَهَا) أي: فمؤنةُ الردِّ على المعير؛ لأنَّ فيها نفعَ المالك بصيرورتها مضمونةً عند الهلاك، فجعلْنا حصولَ النَّفْع بمنزلة حصول الأجرة للمؤجر، ولذا قال: (فتكون كالإجارة).

(قوله: فَتَكُونُ كَالإِجَارَةِ) فإنَّها تصيرُ مضمونةً في يد المرتهن، وللمعير أن يَرجعَ على المستعير بقيمته، فكانت بمنزلة الإجارة، ولأنَّ هذه إعارةٌ فيها منفعةٌ لصاحبها كما في «الخانيَّة»[3]. فقد حصلَ الفرقُ بين العارية للرَّهْن وغيرها من وجهين: الأوَّلُ هذا، والثَّاني: ما مرَّ في الباب عند قوله: (بخلاف المستعير والمستأجر): أنَّ مستعيرَ الرَّهن لو خالَفَ ثم عادَ للوفاق؛ برئَ عن الضَّمان، بخلاف غيره. أفاده في «البحر» عن «النِّهاية»[4].

---

(١) «النهاية»: ٩/ ٨٢- ٨٣ ط العلمية.

(٢) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨٤.

(٣) «الفتاوى الخانية»: كتاب الرهن: ٤/ ٦٤٢.

(٤) «النهاية»: كتاب الرهن: ١١/ ٣٦ ط العلمية، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٣.

(وَكَذَا المُوصَى لَهُ بِالخِدْمَةِ مُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَيْهِ، وَكَذَا المُؤْجِرُ، وَالغَاصِبُ، وَالمُرْتَهِنُ) مؤنةُ الردِّ عليهم؛ لحصول المنفعةِ لهم ....

(قوله: مُؤْنَةُ الرَّدِّ عَلَيْهِ) لأنَّه هو المنتفِعُ بالعينِ، ولوجوبه عليه. ط[1]. قال القاضي فخرُ الدِّين الماردينيُّ: وهذا لا روايةَ فيه، ويجب أن تكون على الموصى له بالخدمة؛ لأنَّ قَبضَه لمنفعة نفسه، فصارَ كالعارية. اهـ[2].

(قوله: وَكَذَا المُؤْجِرُ) لأنَّ العينَ المؤجرةَ مقبوضةٌ لمنفعة المالك؛ لأنَّ الأجرَ له به، فإذا أمسَكَها المستأجرُ بعد مضيِّ المدَّة؛ لا يضمَنُها ما لم يُطالِبْه صاحبُها. اهـ. ولا يجبُ على المستأجر ردُّها، وإنَّما يجب عليه التَّمكينُ والتَّخليةُ، فلا يكون عليه مؤنةُ الردِّ. ولا يقال: قبضُه كان لمنفعة نفسه، فوجب أن تكون المؤنةُ عليه؛ لأنا نقول: إنَّما حصلَ له منفعةٌ، وهي عَرَضٌ يفنى، وما حصلَ للمؤجر عينٌ تبقى، فكان هو بالوجوب أَوْلى. اهـ زيلعي[3].

(قوله: وَالغَاصِبُ) أي: عليه أجرةُ ردِّ المغصوب؛ لأنَّ الردَّ إلى المالك واجبٌ عليه، والأجرةُ مؤنتُه، فتجبُ عليه؛ لأنَّه يجبُ عليه نسخُ فعله، وهو بردِّها إلى مالكها؛ لأنَّه أزالَ يدَه عنها، ففي ردِّها براءةُ ذمَّته، فكان عاملاً لنفسه.

(قوله: وَالمُرْتَهِنُ) لأنَّ قبضَه قبضُ استيفاءٍ، فكان قابضاً لنفسه. زيلعي[4]. ومثلُه في «الوجيز». وهو الظَّاهرُ. وذكرَ في «التَّحرير»: أنَّها على الرَّاهن، وعبارتُه: مؤنةُ ردِّ الرَّهن على الرَّاهن؛ لأنَّ عينَه أمانةٌ في يد المرتهن، ولهذا كان نفقتُه وكفنُه على الرَّاهن،

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٨.

(٢) «شرح تلخيص الجامع الكبير»: ج٣/ ق٥١/ آ- ب ملا مراد.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٩.

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٩.

....

والمضمونُ عليه إنَّما هو الماليَّةُ، والردُّ تصرُّفٌ في العين لا في الماليَّة، ومنفعةُ القبض وإن عادتْ على الرَّاهن والمرتهن جميعًا باعتبار قضاءِ الدَّين وحصول التَّوثقة، لكنَّ ترجيحَ جانب الرَّاهن بحكم الملك. اهـ. ومثلُه في «شرح الطَّحاويِّ» للإسبيجابيِّ. وعليه فيحتاجُ إلى التَّوفيق بين الموضعين. فتأمَّل. ثم رأيتُ الأستروشنيَّ في «فتاواه» ذكرَ كلًّا من القولين من غير ترجيحٍ لأحدهما، ولكن ذكرَ صاحبُ «النِّهاية» القولَ الأوَّلَ فقط، وشيَّدَ أركانَه حيث قال: لأنَّ الغُنْمَ حصلَ له، ولهذا اختصَّ به من بين سائر الغرماء، حُتَّى يُستوفى دَيْنُه منه أوَّلاً، فكان الغرمُ عليه[1]. وتبعَه في «الدُّرَر»[2]. ولهذا تَبعَهم المصنِّفُ، ولم يذكروا الوديعةَ، ومؤنةُ ردِّها على المودِعِ بكسر الدال كما في «الكنز»[3]؛ لأنَّ منفعةَ حفظها عائدةٌ إليه، فكانت مؤنةُ ردِّها عليه. عيني[4]. وفي مؤيد زاده: مؤنةُ ردِّ البيع فاسداً بعد الفسخ على القابض، ومؤنةُ ردِّ المبيع بخيارِ رؤيةٍ أو شرطٍ على المشتري، ولو تَقايَلا البيعَ؛ فعلى البائع مؤنةُ ردِّ مبيعٍ له حملٌ ومؤنةٌ، والردُّ في الأجير المشترك كقصَّارٍ وصبَّاغٍ ونسَّاجٍ على الأجير؛ إذ الردُّ نقضُ القبض، فيجب على مَنْ له منفعةُ القبض، ومنفعةُ القبض هنا للأجير؛ إذ له عينٌ، وهو الأجرةُ، ولربِّ[5] الثَّوب المنفعةُ، والعينُ خيرٌ من المنفعة، وكان الردُّ عليه، بخلاف ما إذا آجرَ قِنًّا أو دابَّةً، فإنَّ الردَّ على المالك؛ إذ له العينُ وللمستأجر المنفعةُ. ورمز لشيء في ضمان النسَّاج من فصل الضَّمانات: إنَّ مؤنةَ الردِّ

(١) «النهاية»: ٩/ ٨٢ ط العلمية.

(٢) «درر الحكام»: كتاب الرهن: ٢/ ٢٥١.

(٣) «كنز الدقائق»: ص٥٣٥.

(٤) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨٤.

(٥) في بولاق: (ولرد)، وهو تصحيف.

هذا لو الإخراجُ بإذن ربِّ المال، وإلا فمؤنةُ ردِّ مستأجَرٍ ومستعارٍ على الذي أخرَجَه. إجارةُ «البزازيَّة»[1]. بخلافِ شركةٍ، ومُضاربةٍ، وهبةٍ ....

على الأجير المشترك أم لا؟ فيه اختلافٌ، ولو شُرطتْ على المالك؛ فإنَّها عليه. كذا في الثالث والثلاثين من «الفصولين».

(قوله: هَذَا) اسمُ الإشارة راجعٌ إلى كون مؤنة الردِّ على المؤجر، يعني: إنَّما تكون عليه إذا أخرَجَه المستأجِرُ بإذنه، أمَّا إذا أخرجَه بغير إذنه؛ فعلى المستأجر، فيكون كالمستعير لو آجَرَه العينَ وأذنَ له في نقلها إلى حيث شاءَ، فيجبُ عليه ـ أي: على المستعير ـ ردُّها، لا على المستأجر، أمَّا لو أخرَجَها بدون إذنه؛ فيجبُ ردُّها على المستأجر أيضاً لتعدِّيه بالنَّقل والإخراج بدون إذن المالك.

وفي «المنح» عن «المحيط»: هذا إذا كان الإخراجُ بإذن ربِّ المال، ولو بلا إذنٍ؛ فمؤنةُ الردِّ عليه مُستأجراً أو مستعيراً. اهـ[2]. وكان الأَوْلى ذكرُه قبل الغاصب؛ لأنَّه راجعٌ إلى كون مؤنة الردِّ على المؤجر.

(قوله: لَوِ الإِخْرَاجُ بِإِذْنِ رَبِّ المَالِ) أي: إلى بلدٍ آخرَ مثلاً، والظَّاهرُ: أنَّ المرادَ بالإذن: الإذنُ صريحاً، وإلا فالإذنُ دلالةً موجودٌ. تأمَّلْ. سيدي الوالد رَحِمَهُ اللَّهُ[3].

(قوله: بِخِلَافِ شِرْكَةٍ) أي: ردُّ رأس مال الشِّركة فيها وفي المضاربة والبضاعةِ واللُّقطة والآبق، فإنَّها على صاحب المال. «منح».

وفي إجارة «الظَّهيريَّة»: فإن شرطَ أجرُ الردِّ على المستأجر فسدتْ، وحكي عن

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ١/ ٤٥٩ بتصرف.

(٢) «المحيط البرهاني»: كتاب الإجارات: ٧/ ٤٦٢، «منح الغفار»: ق٥٢٤/ آ فيض الله.

(٣) «رد المحتار»: ١٤/ ٥٢٨- ٥٢٩.

قُضِيَ بالرُّجوع. «مجتبى».

(وَإِنْ رَدَّ الْمُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ مَعَ عَبْدِهِ، ....

المرغينانيِّ: أنَّها جائزةٌ، ويجعلُ اشتراطُ الردِّ على المستأجر بمنزلة الزِّيادة. اهـ. والأصلُ: أنَّ مؤنةَ الردِّ تجبُ على مَنْ وقع القبضُ له. أبو السعود[1].

(قوله: قُضِيَ بِالرُّجُوعِ) أي: فيها، فإنَّها على الواهب. «منح». والأَوْلى للمؤلِّف أن يزيد لفظَ: فيها.

(قوله: «مُجْتَبَى»[2]) الذي فيه: إنَّ مؤنةَ الردِّ فيها على مالكها، وزادَ: اللُّقطةَ والآبقَ وردَّ نصف مهرِ المطلَّقة قبل الدُّخول وهو عينٌ، وليس فيه تعرُّضٌ لِمَا كان النَّقلُ فيه بإذن مالكه أو لا. نعم، ينبغي الإطلاقُ؛ لأنَّ مقتضى الشِّركة والمضاربةِ الإذنُ في النَّقْل عند الإطلاق، وكذا الهبةُ؛ لأنَّه قد ملَّكه إيَّاها، وللمالك أن ينقلَ ملكَه حيث شاءَ، وكذا المرأةُ تملكُ المهرَ بالقبض. لكن ينافيه ما قدَّمناه قريباً عن سيدي الوالد رَحِمَهُ اللَّهُ من أنَّ الظَّاهرَ أنَّ المرادَ بالإذن: صريحاً، وإلا فالإذنُ دلالةً موجودٌ. اللهمَّ إلا أن يُخصَّ بما ذكر ثمَّةَ، وأنَّ المذكورَ هنا على ما ذكرنا، فيحصلَ الفرقُ. تأمَّلْ.

(قوله: وَإِنْ رَدَّ الْمُسْتَعِيرُ الدَّابَّةَ مَعَ عَبْدِهِ) كذا لو ردَّها إلى إصطبلِ مالكها، أو ردَّ العبدَ إلى دار سيِّده؛ لأنَّه أتى بالتَّسليم المتعارَفِ، وهذا لأنَّ الإصطبلَ أو الدَّارَ في يد المالك، ولو ردَّهما على المالك كأن يُردَّهما إلى الإصطبل أو الدَّار، فكان الردُّ إليهما ردّاً على المالك. اهـ زيلعي[3]. وهذا في الاستحسان، والقياسُ أنَّه يَضمنَ؛ لأنَّه لم يَردَّهما

---

(١) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٤.

(٢) «المجتبى»: ٣/ ٥٠٨.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٩.

أَوْ أَجِيرِهِ مُشَاهَرَةً) لا مُياومةً، **(أَوْ مَعَ عَبْدِ رَبِّهَا مُطْلَقًا)** يقومُ عليها أو لا في الأصحِّ، **(أَوْ**

إلى صاحبهما، وإنَّما ضيَّعهم تضييعًا، وهو قولُ الثَّلاثة. عيني[1]. وجهُ الاستحسان ما ذكرناهُ من أنَّه أتى بالتَّسليم المتعارف؛ لأنَّ ردَّ العواري إلى دار الملَّاك مُتعارفٌ كآلة البيت. «بحر» عن «الهداية»[2]. وذكرَ التُّمرتاشيُّ عن أبي سلمةَ: أنَّه إذا كان الإصطبلُ خارجَ الدَّار لا يبرأُ؛ لأنَّ الظَّاهرَ: أنَّها تكون هناك بلا حافظٍ كما في «المنبع». وقيل: هذا في عادتهم كما في «البيانيَّة».

(قوله: أَوْ أَجِيرِهِ مُشَاهَرَةً) يُعلمُ منه حكمُ الأجير مسانهةً بالأَوْلى؛ لأنَّه يُعدُّ مع مَنْ في عيال المستعير. قهستاني[3].

(قوله: لا مُيَاوَمَةً) علَّلوهُ: بأنَّه لم يكن في عياله، وهو يفيدُ أنَّه لو كان في عياله يبرأُ لو هلكَ قبل الوصول من غير تعدٍّ. ويحرَّرُ. ط[4].

(قوله: أَوْ مَعَ عَبْدِ رَبِّهَا) أي: مع مَنْ في عيال المعير. قهستاني[5]. قال في «التَّبيين»: وجهُ الاستحسان: أنَّ كلَّ واحدٍ من المعير والمستعير يحفظُ دوابَّه بسائسه، والدَّفعُ إليه كالدَّفع إلى صاحبها عادةً، ولو دَفعَها إلى المالك؛ لدفعها هو إلى السَّائس، وحفظُه بسائسه كحفظه بنفسه، فيُكتفى منه بالتَّسليم إلى السَّائس، أو من السَّائس إلى السَّائس، أو من السَّائس إلى المالك. اهـ[6].

(قوله: يَقُومُ عَلَيْهَا أَوْ لا) لأنَّه يدفعُ إليه في بعض الأوقات، فيكون رضى المالك

---

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨٤.

(٢) «الهداية»: ٣/ ٢٢١، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٣.

(٣) «جامع الرموز»: ص٤٥٠.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٩.

(٥) «جامع الرموز»: ص٤٥١.

(٦) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٠.

أَجِيرِهِ) أي: مُشاهرةً كما مرَّ، فهلكتْ قبل قبضِها؛ (بَرِئَ) لأنَّه أتى بالتَّسليم المتعارَفِ، (بِخِلَافِ نَفِيسٍ) كجوهرةٍ، (وَبِخِلَافِ الرَّدِّ مَعَ الأَجْنَبِيِّ) أي: (بِأَنْ كَانَتِ العَارِيَةُ مُؤَقَّتَةً، فَمَضَتْ مُدَّتُهَا، ثُمَّ بَعَثَهَا مَعَ الأَجْنَبِيِّ) لتعدِّيه بالإمساك بعد المدَّة، ....

موجوداً دلالةً. وقيل: لا يُبرأُ إلا إذا ردَّها على مَنْ يقومُ بها، أي: يتعهَّدُها كالسَّائس. وقولُه: (يقوم عليها... إلخ) بيانٌ للإطلاق في عبارة المصنِّف.

(قوله: بِخِلَافِ نَفِيسٍ) هذا مفهومُ التَّقييد بالدَّابَّة، قال في «التَّبيين»: وهذا في الأشياء التي تكون في يد الغِلْمان عادةً، وأمَّا إذا لم تكن في أيديهم عادةً كعِقدِ لؤلؤٍ ونحوه، فردَّها المستعيرُ إلى غلام صاحبها، أو وَضعَها في داره أو إصطبله؛ يَضمنُ؛ لأنَّ العادةَ لم تَجْرِ به في مثله[1]. اهـ ط[2]. ويُفهمُ منه أنَّه إذا كانت العادةُ تجري في تسليم مثل هذه الأشياء أنَّه يكفي تسليمُه إلى غلامه كالمسمَّى بالخزاندار عند أصحاب الدُّول: هل يكفي تسليمُها إليه؟ الذي يظهرُ: نعم؛ لأنَّ العُرفَ جرى بذلك عادةً، ومثلُه: ما إذا كان له أحدٌ ممن في عياله يقومُ بسائر مصالحه من قبضٍ وصرفٍ وغيرهما. وليراجَعْ.

(قوله: ثُمَّ بَعَثَهَا مَعَ الأَجْنَبِيِّ) معطوفٌ على قوله: (بخلاف).

(قوله: لِتَعَدِّيهِ بِالإِمْسَاكِ بَعْدَ المُدَّةِ) حتَّى إذا هلكتْ في يده؛ ضَمنَ، فكذا إذا تركَها في يد الأجنبيِّ. زيلعي[3]. يؤخذُ منه: أنَّ سببَ الضَّمان ليس ردَّها مع الأجنبيِّ؛ لأنَّ الدَّفعَ إلى الأجنبيِّ إيداعٌ، والمستعيرُ يملِكُه كما يملكُ الإعارةَ؛ إذ الإعارةُ أقوى منه؛ لأنَّ الإعارةَ إيداعٌ وتمليكُ المنفعة، بل سببُه انقضاءُ وقت العارية، فإنَّه لو أمسَكَها بنفسه فهلكتْ

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٠.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٩.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٠.

(وَإِلَّا فَالمُسْتَعِيرُ يَمْلِكُ الإِيدَاعَ) ....

في يده بعد مضيِّ مدَّتها؛ يضمَنُها كما قدَّمناه، فكذا في يد الأجنبيِّ، ولذا قال: (لتعدِّيه بالإمساك) كما يؤخذُ من عبارة الزَّيلعيِّ[1].

(قوله: وَإِلَّا فَالمُسْتَعِيرُ يَمْلِكُ الإِيدَاعَ) إشارةٌ إلى فائدة اشتراط التَّوقيت. قال الزَّيلعيُّ: وهذا ـ أي: قولُه: (بخلاف الأجنبيِّ) ـ يشهدُ لمن قال من المشايخ: إنَّ المستعيرَ ليس له أن يُودعَ، وعلى المختار تكون هذه المسألةُ محمولةً على ما إذا كانت العاريةُ مؤقَّتةً، فمضتْ مدَّتُها، ثمَّ بعثَها مع الأجنبيِّ؛ لأنَّه بإمساكها بعدُ يضمنُ لتعدِّيه، فكذا إذا تركَها في يد الأجنبيِّ. اهـ[2].

وفي «البرهان»: وكذا ـ يعني: يبرأُ ـ لو ردَّها مع أجنبيٍّ على المختار، بناءً على ما قال مشايخُ العراق من أنَّ المستعيرَ يملكُ الإيداعَ، وعليه الفتوى؛ لأنَّه لَمَّا ملكَ الإعارةَ ـ مع أنَّ فيها إيداعاً وتمليكَ المنافع ـ؛ فلأنْ يملكَ الإيداعَ وليس فيه تمليكُ المنافع أولى، وأوَّلوا قولَه: وإن ردَّها مع أجنبيٍّ ضمنَ إذا هلكتْ: بأنَّها موضوعةٌ فيما إذا كانت العاريةُ مؤقَّتةً، وقد انتهتْ باستيفاء مدَّتها، وحينئذٍ يصيرُ المستعيرُ مودَعاً، والمودَعُ لا يملكُ الإيداعَ بالاتِّفاق. اهـ «شرنبلاليَّة»[3]. فالقولُ بعدم إيداع المستعير ذهبَ إليه الكرخيُّ، قال البقَّاليُّ: وهذا أصحُّ، وما مشى عليه المصنِّفُ من أنَّه يملِكُه هو قولُ مشايخ العراق، وبه أخذَ أبو اللَّيث والفُضليُّ. قال في «التُّمرتاشيَّة»: وإليه أشارَ محمدٌ في «الأصل»، وقال في «الكافي»: وعليه الفتوى. فبناءُ هذه المسألة على مذهب الكرخيِّ ظاهرٌ، وأمَّا على قول

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٠.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٠.

(٣) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٤٤ (بهامش درر الحكام).

المفتى به؛ فمحمولٌ على انتهاء الإعارة لانقضاء المدَّة، بأنَّ كانت مؤقَّتةً فمضتْ مدَّتُها ثمَّ بعثها مع الأجنبيِّ كما في «البحر»[1].

قلتُ: لا فرقَ في إيجاب الضَّمان بين ردِّ نفسه وردِّ غيره لو هلكتْ بعد مضيِّ المدَّة، فحينئذٍ قيدُ الأجنبيِّ لا يُفيدُ. تدبَّرْ. أو بأنَّ استعارَها فاستخدَمَها، وبعد انقضاء العمل ردَّها مع الأجنبيِّ فهلكتْ؛ يَضمنُ؛ لِمَا سبق من أنَّه لو عملَ بعملٍ يتعيَّنُ ذلك، وليس له أن يعملَ آخرِ بعملَ، والإيداعُ عملٌ آخرُ، فيَضمنُ، فيظهرُ منه: أنَّه لو ردَّها معه قبل الاستخدام ينبغي أن لا يَضمنَ. فظهرَ أنَّ هذا الحملَ أَوْلى، على أنَّه لَمَّا انتهى العملُ والإعارةُ صارتْ وديعةً عند المستعير، فيَصيرُ مُودَعاً، وهو لا يملكُ الإيداعَ بالاتِّفاق، ولذلك يضمنُ كما في «الكافي» وغيره. قال سيدي الوالدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ بعد كلامٍ: لكن تقدَّم متناً: أنَّه يضمنُ في المؤقَّتة، وفي «جامع الفصولين»: لو كانت العاريةُ مؤقَّتةً، فأمسَكَها بعد الوقت مع إمكان الردِّ؛ ضَمنَ وإن لم يستعمِلْها بعد الوقت، هو المختارُ، سواءٌ توقَّتتْ نصّاً أو دلالةً، حتَّى إنَّ من استعار قدُوماً ليكسرَ حطباً، فكسرَه فأمسكَ؛ ضَمنَ ولو لم يوقِّتْ. انتهى. فعلى هذا فضمانُه ليس بالإرسال مع الأجنبيِّ، إلا أن يُحملَ على ما إذا لم يمكنْه الردُّ. تأمَّل. ومع هذا يُبعدُ هذا التَّأويلَ التَّقييدُ أوَّلاً بالعبد والأجير، فإنَّه على هذا لا فرقَ بينهما وبين الأجنبيِّ حيث لا يضمنُ بالردِّ قبل المدَّة مع أيٍّ من كان، ويضمنُ بعدها كذلك، فهذا أدلُّ دليلٍ على قول من قال: ليس له أن يُودِعَ، وصحَّحه في «النِّهاية»[2] كما نقله عنه في «التَّاترخانيَّة»[3].

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٤.

(٢) «النهاية»: ٩/ ٧٧ ط العلمية.

(٣) «رد المحتار»: ١٤/ ٥٣٠- ٥٣١.

فيما يملكُ الإعارةَ (مِنَ الأَجْنَبِيِّ) به يُفتى. زيلعي. فتعيَّنَ حملُ كلامهم على هذا، وبخلافِ ردِّ وديعةٍ ومغصوبٍ ....

(قوله: فِيمَا يَمْلِكُ الإِعَارَةَ) وهو ما لا يَختلفُ، وظاهرُه: أنَّه لا يملكُ الإيداعَ فيما يختلفُ، وليس كذلكَ، وعبارةُ الزَّيلعيِّ: وهذا لأنَّ الوديعةَ أدنى حالاً من العارية، فإذا كان يملكُ الإعارةَ فيما لا يَختلفُ؛ فالأَوْلى أن يملكَ الإيداعَ على ما بيَّنا، ولا يختصُّ بشيءٍ دون شيءٍ؛ لأنَّ الكلَّ لا يَختلفُ في حقِّ الإيداع، وإنَّما يَختلفُ في حق الانتفاع. اهـ[1]. اللهمَّ إلا أن يقال: "ما" عبارةٌ عن الوقت، أي: في وقتٍ يملكُ الإعارةَ، وهو قبل مضيِّ المدَّة إذا كانت موقَّتةً. وهو بعيدٌ كما لا يخفى. تأمَّلْ. أفاده سيدي الوالد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2].

(قوله: بِهِ يُفْتَى) لم يُصرِّحِ الزَّيلعيُّ بالفتوى، وإنَّما قال: المختارُ[3] كما علمتَه من عبارته السَّابقة. وصرَّحَ بها صاحبُ «البحر»، فقال: وقد تقدَّمَ أنَّ المختارَ المفتى به جوازُه. اهـ[4].

(قوله: فَتَعَيَّنَ حَمْلُ كَلَامِهِمْ) أي: في الضَّمان بالدَّفع إلى الأجنبيِّ.

(قوله: عَلَى هَذَا) أي: على ما إذا دَفعَها له بعد مضيِّ الوقت، لكن لا يخفى أنَّ الضَّمانَ حينئذٍ بسبب مضيِّ المدَّة، لا من كونها بَعثَها مع الأجنبيِّ؛ إذ لا فرقَ حينئذٍ بينه وبين غيره.

(قوله: وَبِخِلَافِ) معطوفٌ على قول المتن: (بخلاف)، وكان الأَوْلى ذكرُه هناك. تأمَّلْ.

(قوله: رَدِّ وَدِيعَةٍ وَمَغْصُوبٍ... إلخ) لأنَّ الوديعةَ للحفظ، ولم يرضَ بحفظ غيره؛ إذ لو رضيَ به لَمَّا أودعَها عنده، وبخلاف الغصب؛ لأنَّه صارَ متعدِّياً بإثبات يده في العين،

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٠.

(٢) «رد المحتار»: ١٤/ ٥٣١.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٠.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٤.

إلى دار المالك، فإنَّه ليس بتسليمٍ.

(وَإِذَا اسْتَعَارَ أَرْضًا) بيضاءَ (لِلزِّرَاعَةِ؛ يَكْتُبُ المُسْتَعِيرُ) ....

وبإزالة يدِ صاحبها، فلا بُدَّ من إزالة يده وإثبات يدِ صاحبها، وذلك بالتَّسليم حقيقةً، أمَّا في الدَّفع إلى الغلام؛ فيَضمنُ بدفع الوديعة إلى غلام المالك، لا إلى غلام نفسه. زيلعي مختصراً[(1)]. ط[(2)].

(قوله: إِلَى دَارِ المَالِكِ) وكذا لعياله. «هداية»[(3)]. والمستأجرُ كالوديعة.

(قوله: فَإِنَّهُ) كذا في «الهداية»[(4)].

(قوله: لَيْسَ بِتَسْلِيمٍ) لكن مسألةَ الغصب خلافيَّةٌ، ففي «الخلاصة»: قال مشايخُنا: يجب أن يبرأَ. قال في «الجامع الصَّغير» للإمام قاضيخان: السَّارقُ والغاصبُ لا يبرآنِ بالردِّ إلى منزلِ ربِّها، أو مربطِه، أو أجيره أو عبدِه ما لم يرُدَّها إلى مالكها. اهـ.

(قوله: لِلزِّرَاعَةِ) قيَّدَ به؛ لأنَّه لو استعارَها لمطلق الانتفاع يكتبُ: أعَرْتَني على الظَّاهر؛ لأنَّه أدلُّ على العموم. ط[(5)].

(قوله: يَكْتُبُ المُسْتَعِيرُ) الظَّاهرُ: أنَّ هذا على سبيل الأَوْلى، وهذا عند أبي حنيفةَ؛ لأنَّ لفظةَ الإطعام أدلُّ على المراد من الإعارة؛ لأنَّها تختصُّ بالزِّراعة، وإعارةُ الأرض تارةً تكون للزِّراعة وتارةً تكون للبناء ونصبِ الفُسطاط، فكانت الكتابةُ بلفظ الإطعام أَوْلى؛ ليُعلمَ أنَّ غرضَه الزِّراعةُ. وعندهما: يَكتبُ: "إنَّك أعَرْتَني"؛ لأنَّ الإعارةَ هي الموضوعةُ

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٠.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٩.

(٣) «الهداية»: ٣/ ٢٢١.

(٤) «الهداية»: ٣/ ٢٢١.

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٩.

"أَنَّكَ (أَطْعَمْتَنِي أَرْضَكَ لِأَزْرَعَهَا") فيُخصِّصُ؛ لئلَّا يعمَّ البناءَ ونحوَه.

(العَبْدُ المَأْذُونُ يَمْلِكُ الإِعَارَةَ، ....

لهذا العقد، والكتابةُ بالموضوع أَوْلى، وفائدةُ الكتابة: أمنُ جحود المستعير عند تطاوُلِ المدَّة أو موتِ المعير، وأمنُ المستعير من لُزُوم الأجر بدعوى المعير أنَّه إنَّما آجَرَه اهـ أبو السعود[1].

(قوله: "أَنَّكَ أَطْعَمْتَنِي") بفتح الهمزة؛ لأنَّها وقعتْ مفعولاً لـ(يكتب)، فهي مصدريَّةٌ، ويجوز كسرُها على معنى: إنَّه يكتبُ هذا اللَّفظَ، أعني: قولَه: "إنَّك أطعَمْتَني أرضكَ". أبو السُّعود[2].

(قوله: "لِأَزْرَعَهَا") اللَّامُ التَّعليل.

(قوله: فَيُخَصِّصُ) قال في «التَّبيين»: لأنَّ الإطعامَ إذا أُضيفَ إلى ما لا يُؤكَلُ؛ يُعرفُ منه أنَّ المرادَ به: الاستغلالُ بالتَّمكين من الزِّراعة، بخلاف لفظ الإعارة، فإنَّها تَنتظِمُ الزِّراعةَ والبناءَ والمراحَ ونصبَ الخِيام، وعلى هذا ينبغي أن يَكتبَ في كلِّ فصلٍ ما هو أدلُّ على المقصود، فيقول في استعارة الأرض: إنَّك إطعَمْتَني كذا لأزرَعَها ما أشاءُ من غلَّة الشِّتاء والصَّيف. اهـ بتصرُّفٍ[3]. ط[4].

(قوله: العَبْدُ المَأْذُونُ يَمْلِكُ الإِعَارَةَ) لأنَّها من صنيع التُّجَّار، وكذا الصَّبيُّ المأذونُ. «هنديَّة»[5]. وفي «البزَّازيَّة»: استعارَ من صبيٍّ مثله كالقَدُّوم ونحوه: إن مأذونـًا وهو مالُه

---

(١) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٥.

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٥ عن الحموي.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٠- ٩١.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٩.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٣.

وَالمَحْجُورُ إِذَا اسْتَعَارَ وَاسْتَهْلَكَهُ يَضْمَنُ بَعْدَ العِتْقِ، وَلَوْ أَعَارَ) عبدٌ محجورٌ عبداً محجوراً **(مِثْلَهُ، فَاسْتَهْلَكَهَا؛** ....

لا ضمانَ، وإن لغير الدَّافع المأذونِ؛ يَضمنُ الأوَّلُ لا الثَّاني؛ لأنَّه إذا كان مأذونـاً صحَّ منه الدَّفعُ، وكان التَّلفُ حاصلاً بتسليطه، وإنِ الدَّافعُ محجوراً؛ يَضمنُ هو بالدَّفع والثَّاني بالأخذ؛ لأنَّه غاصبٌ. انتهى[1]. ويأتي تمامُه قريباً.

(قوله: **وَالمَحْجُورُ... إلخ**) أشارَ إلى أنَّ المأذونَ لو استعارَ يَضمنُ للحال؛ إذ الإذنُ شملَ الإعارةَ والاستعارةَ، فيظهرُ تصرُّفُه في حقِّ سيِّده، وأمَّا المحجورُ؛ فلا يَملكُ شيئاً من ذلك، لكنَّه إن استعارَ فقد سلَّطَه المعيرُ على العارية، فلو استهلَكَها لا نظرَ في حقِّ سيِّده؛ لعدم إذنه في ذلك، ويظهرُ في حقِّ نفسه، فيَضمنُ بعد العتق. هذا إذا كان المعيرُ مطلقَ التَّصرُّف، فلو كان عبداً محجوراً - ومثلُه: الصبيُّ المحجورُ والمجنونُ - لم يصحَّ تسليطُه لحجره، فباستهلاك المستعيرِ صارَ مُتلِفاً مالَ الغير بغير إذنٍ معتبرٍ ولا تسليطٍ صحيحٍ، والحجرُ إنَّما يكون عن الأقوال لا عن الأفعال كما يأتي، فيضمَنُه في الحال.

(قوله: **بَعْدَ العِتْقِ**) لأنَّ المعيرَ سلَّطَه على إتلافه، وشرطَ عليه الضَّمانَ، فصحَّ تسليطُه، وبطلَ الشَّرطُ في حقِّ المولى. «درر»[2].

(قوله: **وَلَوْ أَعَارَ عَبْدٌ مَحْجُورٌ عَبْداً مَحْجُوراً مِثْلَهُ**) فـ(عبد) الأوَّل فاعلُ (أعار)، و(محجور) صفتُه، و(عبداً) الثَّاني مفعولُ (أعار)، و(محجوراً) صفتُه. قال في «الهنديَّة»: صبيٌّ استعارَ من صبيٍّ شيئا كالقدُّوم ونحوه، وذلك الشَّيءُ لغير الدَّافع، فهلكَ بيده: إن كان

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٣٠.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٤.

ضَمِنَ) الثَّاني (لِلْحَالِ، وَلَوِ اسْتَعَارَ ذَهَبًا، فَقَلَّدَهُ صَبِيًّا، فَسُرِقَ) الذَّهبُ (مِنْهُ) أي: من الصَّبيِّ، (فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ يَضْبِطُ) ....

الصَّبيُّ الأوَّلُ مأذونًا؛ لا يجبُ على الثَّاني، وإنَّما يجب على الأوَّل؛ لأنَّه إذا كان مأذونًا صحَّ الدَّفعُ، وكان الهلاكُ بتسليطه، ولو كان ذلك الشَّيءُ للأوَّل لا يَضمنُ. وإن كان الأوَّلُ محجوراً عليه؛ يَضمنُ هذا بالدَّفع، ويضمن الثَّاني بالأخذ. اهـ[1]. والظَّاهرُ: أنَّ الحكمَ كذلك في العبدَيْن. فتأمَّل. إلا أن يُحملَ ما هنا على أنَّ المدفوعَ مالُ سيِّد الأوَّل. ط[2].

(قوله: ضَمِنَ الثَّانِي بِالاسْتِهْلَاكِ) لأنَّه أخذَه بغير إذنٍ، فكان غاصبًا، ولا عِبرةَ للإعارة؛ لأنَّها مالُ الغير، فكأنَّه استهلَكَه من يد صاحبه، وإنَّما يضمنُ الثَّاني للحال؛ لعدم التَّسليط من مالكها، فيكون دَيْنًا متعلِّقًا برقبته للحال، فيُباعُ فيه، بخلاف الأوَّل؛ لوجود التَّسليط من المالك. كذا في «الأشباه» من كتاب الحجر. ذكره بعضُ الفضلاء.

أقول: الذي ذكره في «الأشباه»: إذا أودعَ صبيٌّ محجورٌ مثلَه وهي ملكُ غيرهما؛ فللمالك تضمينُ الدَّافع أو الآخذ. قال في «جامع الفصولين»: وهي من مشكلات إيداعِ الصَّبيِّ[3]. قلتُ: لا إشكالَ؛ لأنَّه يضمَنُها الصَّبيُّ لعدم التَّسليط من مالكها، وهنا لم يُوجدْ كما لا يخفى. انتهى[4]. فتأمَّلْ.

(قوله: وَلَوِ اسْتَعَارَ ذَهَبًا) أي: حيث قامتِ القرينةُ على أنَّه يريدُ الانتفاعَ به مع بقاء عينه، أمَّا عند الإطلاق؛ فيكون قرضًا على ما تقدَّم، فيضمَنُه بكلِّ حالٍ.

---

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٩ عن «خزانة المفتين».

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٩.

(٣) «جامع الفصولين»: ٢/ ١٤٨.

(٤) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٨، وقال في التعليل: (لأنه إنما لم يضمنها الصبي للتسليط من مالكها).

حفظَ (مَا عَلَيْهِ) من اللِّباس؛ (لَمْ يَضْمَنْ، وَإِلَّا ضَمِنَ) لأنَّه إعارةٌ، والمستعيرُ يملِكُها.
(وَضَعَهَا) أي: العاريةَ (بَيْنَ يَدَيْهِ، فَنَامَ، فَضَاعَتْ؛ لَمْ يَضْمَنْ لَوْ نَامَ جَالِسًا) لأنَّه لا يُعدُّ مُضيِّعًا لها، (وَضَمِنَ لَوْ نَامَ مُضْطَجِعًا) لتركه الحفظَ.

(قوله: حَفِظَ) الأَوْلى الإتيانُ به مضارعًا بيانًا لـ(يضبط). ط[1].

(قوله: لَمْ يَضْمَنْ) أي: المستعيرُ؛ لأنَّه لم يُضيِّع؛ إذ للمستعير أن يُعيرَ.

(قوله: وَإِلَّا ضَمِنَ) لأنَّه ضيَّعَه حيث وضعَه عند مَنْ لا يعقلُ حفظَه. كذا في «المحيط»[2]. «درر»[3].

(قوله: لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ) تعليلٌ لعدم الضَّمان، وأمَّا ضمانُه فيما إذا كان الصَّبيُّ لا يَضبطُ؛ فلأنَّه إضاعةٌ، فيكون به متعدِّيًا. وهذا إذا فارَقَ الصَّبيَّ، أمَّا عند عدم المفارقة؛ ينبغي أن لا يضمنَ لعدم التَّضييع، إلا إذا كان بإتلاف الصَّبيِّ.

(قوله: وَالمُسْتَعِيرُ يَمْلِكُهَا) أي: الإعارةَ، فلا يكون مضيِّعًا.

(قوله: وَضَعَهَا) أي: المستعيرُ.

(قوله: بَيْنَ يَدَيْهِ) أي: يدي المستعير.

(قوله: وَضَمِنَ لَوْ نَامَ مُضْطَجِعًا) هذا في الحضر، وأمَّا في السَّفر؛ لا يضمنُ نامَ قاعداً أو مضطجعًا، والمستعارُ تحت رأسه أو بين يديه أو بحوالَيْه؛ لأنَّه يُعدُّ حافظًا، وفي غير السَّفَر لو جعلَه تحت رأسِه لا يَضمنُ؛ لأنَّه حافظٌ، ألا يرى أنَّ السَّارقَ من تحت رأس النَّائم يُقطعُ وإن كان في الصَّحراء كما في «البزَّازيَّة»[4].

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٨٩.

(٢) «المحيط الرضوي»: ٥/ ١٣٨.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٢٤٤.

(٤) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٣١.

قال في «جامع الفصولين»: المستعيرُ إذا وضعَ العاريةَ بين يديه ونامَ مُضطجعاً؛ ضَمنَ في حضرٍ، لا في سفرٍ، ولو نامَ فقطعَ رجلٌ مِقودَ الدَّابَّة في يده؛ لم يَضمنْ في حضرٍ وسفرٍ، ولو أخذَ المِقودَ من يده؛ ضَمنَ لو نام مضطجعاً في الحضر، وإلا فلا. اهـ.

وفي «البزَّازيَّة»: نامَ المستعيرُ في المفازة ومِقوَدُها في يده، فقطعَ السَّارقُ المقوَدَ؛ لا يَضمنُ، وإن جذبَ المقوَدَ من يده ولم يَشعرْ به؛ يَضمنُ. قال الصَّدرُ الشَّهيدُ: هذا إذا نامَ مُضطجعاً، وإن جالساً؛ لا يَضمنُ في الوجهين. وهذا لا يُناقضُ ما مرَّ: أنَّ نومَ المضطجع في السَّفَر ليس بتركٍ للحفظ؛ لأنَّ ذاك في نفس النَّوْم، وهذا في أمرٍ زائدٍ على النَّوم. اهـ[١].

وفيها: استعارَ مرّاً للسَّقْي واضطجعَ ونامَ، وجعلَ المرَّ تحت رأسه؛ لا يَضمنُ؛ لأنَّه حافظٌ، ألا ترى أنَّ السَّارقَ من تحت رأس النَّائم يُقطعُ وإن كان في الصَّحراء. وهذا في غير السَّفَر، وإنْ في السَّفَر لا يَضمنُ، نامَ قاعداً أو مضطجعاً، والمستعارُ تحت رأسه أو بين يديه أو بحوالَيْه يعدُّ حافظاً. اهـ[٢]. ومثلُه في «الوجيز». لكن زادَ في «الخانيَّة» بعد قوله: ولو أنَّ السَّارقَ حلَّ المقوَدَ في يدِه وذهبَ بالدابَّة ولم يعلمْ به المستعيرُ كان ضامناً؛ لأنَّه إذا نامَ على وجهٍ يمكنُ حَلُّ المقوَدِ من يده وهو لا يَعلمُ يكون تضييعاً... إلخ[٣].

أقول: ولعلَّ مرادَه بوجه التَّضييع: النَّومُ مضطجعاً كما أشارَ إليه بعدُ، وقدَّمناه موضحاً، فلا تنسَه.

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٣١.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٣١.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٥٠.

(لَيْسَ لِلْأَبِ إِعَارَةُ مَالِ طِفْلِهِ) لعدم البدل، وكذا القاضي والوصيُّ.

(قوله: لَيْسَ لِلْأَبِ إِعَارَةُ مَالِ طِفْلِهِ) هذا ما عليه العامَّةُ، وأجازَه بعضُهم، وليس له أن يُعيرَ نفسَ الولد كما ذكره شمسُ الأئمَّة في شرح كتاب الوكالة، وأمَّا الصَّبيُّ المأذونُ إذا أعارَ مالَه؛ صحَّت الإعارةُ كما في «الخانيَّة»[1]. وفي «الهنديَّة»: وذكرَ شمسُ الأئمَّة في أوَّل شرح الوكالة: أنَّ الأبَ يُعيرُ ولدَه، وهل له أن يُعيرَ مالَ ولده؟ بعضُ المتأخِّرين من مشايخنا قالوا: له ذلكَ، وعامَّةُ المشايخ على أن ليس له ذلكَ. كذا في «المحيط»[2]. فإن فعلَ وهلكَ؛ كان ضامناً. اهـ[3]. لكن في «أحكام الصِّغار» للأستروشنيِّ من مسائل العارية: إنَّ جوازَ إعارةِ ولده إذا كان في تعليم الحِرْفة، بأن دفعَه إلى أستاذِه ليُعلِّمَه الحرفةَ ويخدمَ أستاذَه، أمَّا إذا كان بخلافِ ذلك؛ لا يجوزُ. اهـ[4].

(قوله: لِعَدَمِ البَدَلِ) أي: لأنَّه تصرُّفٌ بلا بدلٍ.

(قوله: وَكَذَا القَاضِي) مخالفٌ لِمَا في «الهنديَّة» حيث قال: وفي «شرح بيوع الطَّحاويِّ»: للقاضي أن يُعيرَ مالَ اليتيم. كذا في «الملتقط»[5]. ولعلَّ الفرقَ: أنَّ القاضيَ عنده قدرةُ الاستيفاء، بخلاف الأب، إلا أنَّه لا مَصلحةَ للولد فيه، بل يكون ضرراً محضاً بالهلاك، فإنَّها لا تُضمنُ به. اهـ ط[6].

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٥٢.

(٢) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٦٩.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٢.

(٤) «جامع أحكام الصغار»: ١/ ٢٤٧ عن «فوائد صاحب المحيط» عن شمس الأئمة.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٣.

(٦) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٠.

(طَلَبَ) شخصٌ (مِنْ رَجُلٍ ثَوْراً عَارِيَةً، فَقَالَ: "أُعْطِيكَ غَداً"، فَلَمَّا كَانَ الغَدُ ذَهَبَ الطَّالِبُ، وَأَخَذَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَاسْتَعْمَلَهُ، فَمَاتَ) الثَّورُ؛ (لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) «خانيَّة» عن إبراهيم بن يوسفَ[1]. لكن في «المجتبى» وغيره: إنَّه يضمنُ.

أقول: وهذا نظيرُ إقراض مال اليتيم، فإنَّ للقاضي ذلك دون أبيه، وعلَّلوه بما علَّل به الطَّحاويُّ. فتأمَّلْ.

(قوله: لَكِنْ فِي «المُجْتَبَى» وَغَيْرِهِ: إِنَّهُ يَضْمَنُ[2]) وبه جزمَ في «البزَّازيَّة» حيث قال: لأنَّه أخذَ بلا إذنه. اهـ[3].

أقول: ووجهُه ظاهرٌ؛ لأنَّه وَعدَه بالإعارة ولم يُعِرْه ولم يأذنْ له بالأخذ، قال في «البزَّازيَّة»: ولو استعارَ من آخرَ ثورَه غداً، فقال: نعم، فجاء المستعيرُ غداً وأخذَه فهلكَ؛ لا يَضمنُ؛ لأنَّه استعارَه منه غداً وقال: نعم، فانعقدتِ الإعارةُ، وفي المسألة الأولى وَعدَ الإعارةَ لا غير. اهـ[4].

أقول: وبهاتين الصُّورتين اللَّتين صوَّرَهما البزَّازيُّ ظهر أنَّهما مسألتانِ مختلفتان، لا مسألةٌ واحدةٌ فيها قولانِ: أولاهما الضَّمانُ وثانيهما عدمُه؛ لأنَّ وجهَ الضَّمان في الأولى كما علمتَه أنَّه وعدٌ، ولا يجب الوفاءُ به، فبأخذِه يكون متعدِّياً، فيضمنُ. ووجهُ عدم الضَّمان في الثَّانية: أنَّه عقدَ الإعارةَ، وبيَّنَ وقتَ الإعطاء، فبأخذه يكون مأذوناً، فلا يضمنُ. ولعلَّ ما قاله الطَّحطاويُّ على عبارة الشَّارح من أنَّهما قولانِ[5]، وعزا في «الهنديَّة»

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٤٥- ٣٤٦.

(٢) «المجتبى»: ٣/ ٥١٠.

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٣١.

(٤) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٣١.

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٠.

(جَهَّزَ ابْنَتَهُ بِمَا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلُهَا، ثُمَّ قَالَ: "كُنْتُ أَعَرْتُهَا الأَمْتِعَةَ": إِنِ العُرْفُ مُسْتَمِرّاً) بين النَّاس (أَنَّ الأَبَ يَدْفَعُ ذَلِكَ) الجهازَ (مِلْكاً لا إِعَارَةً؛ لا يُقْبَلُ قَوْلُهُ) إنَّه إعارةٌ؛ لأنَّ الظَّاهرَ يُكذِّبُه، (وَإِنْ لَمْ يَكُن) العرفُ (كَذَلِكَ) أو تارةً وتارةً؛ (فَالقَوْلُ لَهُ) به يُفتى، كما لو كان

الأوَّلَ إلى «مجموع النَّوازل» والثَّاني إلى «فتاوى أبي اللَّيث» على الصورة الثَّانية[1]، فليس هما قولين، بل هما مسألتانِ كما علمتَ. فتأمَّلْ.

(قوله: جَهَّزَ ابْنَتَهُ) أي: الكبيرةَ، أمَّا لو اشترى لها في صِغَرها؛ فلا سبيل للورثة عليه، ويكون للبنت خاصَّةً. أفاده المصنِّفُ.

(قوله: لا يُقْبَلُ قَوْلُهُ) يعني: سواءٌ كان ذلك في حياتها أو بعد موتها.

(قوله: أَوْ تَارَةً وَتَارَةً) عطفَه بـ"أو" ليفيدَ أنَّه غيرُ ما قبله، وليس كذلكَ، بل هو صادقٌ بصورتين؛ إذ الثَّانية تَصدقُ بنفي الموضوع، فمعناهُ: لم يعرفْ أصلاً أو عرفَ تارةً وتارةً، أو أنَّ "أو" بمعنى "بل".

(قوله: بِهِ يُفْتَى) وقيل: لا يُصدَّقُ في أنَّه عاريةٌ، إلا أن يشهدَ بها عند التَّجهيز. وقيل: يُصدَّقُ مطلقاً؛ لأنَّه هو الدَّافعُ، فما لم يُقِرَّ بالتَّمليك يكون القولُ قولَه. وقيل: إن كان الأبُ من كِرَام النَّاس وأشرافهم لا يُقبلُ قولُه في الإعارة، وإن كان من أوساط النَّاس؛ كان القولُ قولَه. والمختارُ للفتوى: أنَّه إن كان العرفُ مستمرّاً أنَّ الأبَ يدفعُ ذلك الجهازَ ملكاً لا إعارةً؛ لا يُقبلُ قولُه، وإن كان العرفُ مشتركاً؛ فالقولُ قولُ الأب مع يمينه، وقد أفاده الشَّارحُ بقوله: (مما يُجهَّزُ به مثلها). وأفتى قارئُ «الهداية» بقوله: القولُ قولُ الأب والأمِّ: إنَّهما لم يُملِّكاها، وإنَّما هو عاريةٌ عندكم مع اليمين، إلا أن تقومَ دلالةٌ أنَّ الأبَ

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٦.

أكثرَ مما يجهَّزُ به مِثلُها، فإنَّ القولَ له اتِّفاقاً. (وَالأُمُّ) ووليُّ الصَّغيرة (كَالأَبِ) فيما ذكَره وفيما يدَّعِيه الأجنبيُّ بعد الموتِ لا يُقبلُ إلا ببيِّنةٍ. «شرح وهبانيَّة»[1]. وتقدَّمَ في باب المهر. وفي «الأشباه»[2]: (كُلُّ أَمِينٍ ادَّعَى إِيصَالَ الأَمَانَةِ إِلَى مُسْتَحِقِّهَا قُبِلَ قَوْلُهُ) بيمينه،

والأمَّ يملِّكان مثلَ هذا الجهاز للابنة. اهـ[3]. وتقدَّم الكلامُ على ذلك مستوفىً في باب المهر، فراجعْه إن شئتَ.

(قوله: فَإِنَّ القَوْلَ لَهُ) ظاهرُه: أنَّ القولَ له حينئذٍ في الجميع، لا في الزَّائد على جهاز المثل. وليُحرَّر. سيدي الوالد رَحِمَهُ اللَّهُ[4]. لكن خالَفَه الرَّحمتيُّ بقوله: فإنَّ القولَ له أي: فيما زادَ على ما يُجهَّزُ به مثلُها. اهـ. فتأمَّلْ وراجعْ.

(قوله: وَوَلِيُّ الصَّغِيرَةِ) أي: إذا جهَّزها بجهازٍ.

(قوله: فِيمَا ذُكِرَ) أي: في اعتبار العرف، وهذا الحكمُ في الأمِّ والوليِّ بحثٌ لابن وهبان. قال العلَّامةُ عبدُ البرِّ: وفي الوليِّ عندي نظرٌ[5]، أي: فإنَّ الغالبَ من حاله العاريةُ، بخلاف الأبوين لمزيدِ شفقتهما، ولكن حيث كان العُرفُ مستمرّاً أنَّ الوليَّ يُجهِّزُ من عنده؛ فلا نَظَرَ، وذكر المصنِّفُ في باب المهر: أنَّ الأمَّ كالأب، وأنَّ حكمَ الموت كحكم الحياة. ط[6].

(قوله: وَفِيمَا يَدَّعِيهِ الأَجْنَبِيُّ) أي: من أنَّه أعارَ المتوفَّى هذا الشَّيءَ؛ لا يُصدَّقُ إلا ببينةٍ،

---

(١) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٥٦.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٥.

(٣) «فتاوى قارئ الهداية»: ص٣٣.

(٤) «رد المحتار»: ١٤/ ٥٣٦.

(٥) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٥٦.

(٦) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٠.

(كَالْمُودَعِ إِذَا ادَّعَى الرَّدَّ، وَالوَكِيلِ، وَالنَّاظِرِ) إذا ادَّعى الصَّرفَ إلى الموقوف عليهم،

وله أن يُحلفَ الوارثَ إن أنكرَ على العلم كما هو الحكمُ في نظائرها. ط[1]. والأظهرُ من هذا أن يقال: والحكمُ فيما يدَّعيه الأجنبيُّ كذلكَ، أي: لو جهَّزها الأجنبيُّ ثم ادَّعى أنَّه عاريةٌ بعد موتها؛ لا يُقبلُ قولُه إلا ببينةٍ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه لا يُجهِّزُها ويتركُه في يدها إلى الموت إلا بمالها، بخلاف الأب والأمِّ، فإنَّهما يُجهِّزانها بمال أنفسهما، لكن يكون ذلك تمليكـًا تارةً وتارةً عاريةً، ولذا قال شارحُ «الوهبانيَّة»: "وفي الوليِّ عندي نظرٌ... إلخ"، أي: في جعله كالأب والأمِّ؛ لأنَّ الظَّاهرَ في غيرهما أنَّه لا يُجهِّزُها إلا بمالها.

(قولـه: كَالْمُودَعِ إِذَا ادَّعَى الرَّدَّ) وكذا الوصيُّ إذا ادَّعى دفعَها، أي: دفعَ الأمانةَ المعيَّنة إلـى ربِّهـا، ولـو أنكـرَ لا يمينَ. حمـوي[2]. أمَّـا المرتهـنُ؛ فلا يُقبـلُ قولُه في الـردِّ كما في «جامع الفصولين».

(قوله: وَالوَكِيلِ) كالوكيل بالبيع مثلاً إذا ادَّعى هلاكَ الأمانة أو تسليمَها إلى ربِّها؛ كان القولُ قولَه مع اليمين. اهـ بيري[3]. والأَوْلى أن يقول: إذا ادَّعى هلاكَ المبيع أو الثَّمن، أو ردَّ المبيع إلى الموكِّل. ط[4].

(قوله: وَالنَّاظِرِ) قال بعضُ الفضلاء: ينبغي أن يُقيَّدَ ذلك بأنْ لا يكون النَّاظرُ معروفـًا بالخيانة كأكثر نُظَّار زماننا، بل يجب أن لا يُفتوا بهذه المسألة، قاتَلَهم اللهُ ما ألعنهم. اهـ. قال بعضُ الفضلاء: والتَّقييدُ بالموقوف عليهم ربَّما يفيدُ أنَّه إذا ادَّعى دفعَ ما هو كالأجرة،

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٠.

(٢) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ١٥٤.

(٣) «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٣٥١ عن «الحاوي» للحصيري عن كتاب الإقرار من «الأصل».

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٠.

....

مثلَ معلومِ الفرَّاش والمؤذِّن والبوَّاب وغيرهم من أرباب الجهات؛ لا يُقبلُ قولُه إلا ببينةٍ، وبه أفتى شيخُ الإسلام أبو السُّعود العماديُّ مفتي السلطنة العليَّة، وصورةُ السُّؤال: هل إذا ادَّعى المتولِّي دفعَ غلَّةِ الوقف إلى مَنْ يستحقُّها شرعـاً: هل يُقبلُ قولُه في ذلك أم لا؟ الجوابُ: إن ادَّعى الدَّفعَ إلى مَنْ عيَّنه الواقفُ في الوقف كأولاده وأولاد أولاده يقبلُ قولُه بيمينه، وهو المرادُ بقولهم: الموقوفُ عليهم لعدم ملاحظةِ جانب الإجارة فيهم، وإن ادَّعى الدَّفعَ إلى الإمام بالجامع والبوَّاب ونحوهما لا يقبلُ قولُه، كما لو استأجرَ شخصاً للبناء بالجامع بأجرةٍ معلومةٍ، ثم ادَّعى تسليمَ الأجرة له؛ فإنَّه لا يُقبلُ قولُه. اهـ. قال الشَّيخ محمد الغزِّي التُّمرتاشيُّ: وهو تفصيلٌ حسنٌ خصوصاً في زماننا. اهـ.

وقال المولى عطاءُ الله أفندي في «مجموعته»: سُئل شيخُ الإسلام زكريا أفندي عن هذه المسألة، يعني: مسألةَ قبول قوله، فأجابَ: بأنَّه إن كانت الوظيفةُ في مقابلة الخدمةِ؛ فهي أجرةٌ لا بُدَّ للمتولِّي من إثبات الأداء بالبيِّنة، وإلا فهي صلةٌ وعطيَّةٌ يُقبلُ في أدائها قولُ المتولِّي مع يمينه، وأفتى من بعدَه من المشايخ الإسلاميَّة إلى هذا الزَّمان على هذا، متمسِّكين بتجويز المتأخِّرين الأجرةَ في مقابلة الطَّاعات. لكن قال التُّمرتاشيُّ في كتابه «شرح تحفة الأقران» بعد ذكر هذه الفتوى: وهو فقهٌ حَسنٌ، غير أنَّ علماءَنا على الإفتاء بخلافه. اهـ.

قلتُ: فالمذكورُ في «الإسعاف» والخصَّاف و«وقف الكرابيسيِّ» و«الأشباه» من الأمانات والزَّاهديِّ عن «وقف النَّاصحيِّ» وغيره: أنَّه يُقبلُ قولُه في الدَّفع إلى الموقوف

عليهم بدون تفصيلٍ في ذلك[1]، إلا أن يُحملَ على الذُّرِّيَّة لا على المرتزقة، فيحصلُ التَّوفيقُ بين الكلامين بلا مَينٍ. وقد اعتمد تفصيلَ المولى أبي السُّعود ابنُ التُّمرتاشي المذكور في كتاب «الزَّواهر على الأشباه والنَّظائر»، لكن بدون عزوٍ إلى كتابٍ، كما ذكرَه الشَّارحُ هنا عن «أخي زاده على صدر الشَّريعة» بالزِّيادة التي ذكرها، وهي أنَّه لا يَضمنُ ما أنكروهُ، بل يدفعُه ثانياً من مال الوقف. فليُحفظْ.

قال العلَّامةُ الخيرُ الرَّمليُّ في «حاشيته على البحر»: والجوابُ عمَّا تمسَّكَ به العماديُّ: إنَّها ليس لها حكمُ الإجارة من كلِّ وجهٍ، وقد تقدَّمَ أنَّ فيها شَوْبَ الأجرة والصِّلة والصَّدقة، ومقتضى ما قاله: أنَّه يُقبلُ قولُه في حقِّ براءة نفسه، لا في حقِّ صاحب الوظيفة؛ لأنَّه أمينٌ فيما في يده، فيلزمُ الضَّمانُ في الوقف؛ لأنَّه عاملٌ له، وفيه ضررٌ بالوقف، فالإفتاءُ بما قاله العلماءُ متعيِّنٌ. وقولُ الغزِّيِّ: هو تفصيلٌ في غاية الحُسْن فليُعملْ به؛ في غير محلِّه؛ إذ يلزمُ منه تضمينُ النَّاظر إذا دفعَ لهم بلا بيِّنةٍ لتعدِّيه. فافهم. اهـ[2].

قال سيدي الوالدُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تفصيلُ المولى أبي السُّعود في غاية الحُسْن باعتبار التَّمثيل بالأجرة إذا استعملَ النَّاظرُ رجلاً في عمارةٍ يحتاجُ إلى البيِّنة في الدَّفع له، فهي مِثلُها. وقولُ العلماء محمولٌ على الموقوف عليهم من الأولاد، لا أرباب الوظائف المشروطِ عليهم العملُ، ألا ترى أنَّهم إذا لم يَعملوا لا يَستحقُّون الوظيفةَ؟! فهي كالأجرة لا محالةَ، وهو كأنَّه أجيرٌ، فإذا اكتفَيْنا بيمين النَّاظر؛ يَضيعُ عليه الأجرُ، لا سيَّما نُظَّار هذا الزَّمان،

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٥.

(٢) «مظهر الحقائق»: كتاب الوقف: ق١٨٥/ ب الأزهرية.

....

واللهُ المستعانُ. اهـ[1]. وهل يُقبلُ قولُه بعد عزله؟ فقد أفتى بعضُ المحقِّقين بأنَّه يُقبلُ قولُه في الدَّفع للمستحقِّين مع يمينه ما دام ناظراً. اهـ. لكن في «حاشية الأشباه» من كتاب الأمانات: قال بعضُ الفضلاء: إنَّه يُقبلُ قولُه في النَّفقة على الوقف بعد العزل، ويخرَّجُ منه قبولُ قوله في الدَّفع للمستحقِّينَ بعد التأمُّل، فإنَّه قال: لم يتعرَّضِ المصنِّفُ لحكم المتولِّي بعد العزل: هل يُقبلُ قولُه في النَّفقة على الوقف من المال الذي تحتَ يده أم لا؟ لم أره صريحاً، لكن ظاهرُ كلامه: أنَّ قولَه مقبولٌ في ذلك إذا وافقَ الظَّاهرَ؛ لتصريحهم بأنَّ القولَ قولُ الوكيل بعد العزل في دعواهُ: أنَّه باعَ ما وُكِّلَ في بيعه وكانت العينُ هالكةً، وفيما إذا ادَّعى أنَّه دفعَ ما وُكِّلَ بدفعه في براءة نفسه، وأنَّ الوصيَّ لو ادَّعى بعد موت اليتيم أنَّه أنفقَ عليه كذا يُقبلُ قولُه، وعلَّلوه بأنَّه أسندَه إلى حالةٍ منافيةٍ للضَّمان، وقد صرَّحوا بأنَّ المتولِّيَ كالوكيل في مواضعَ، ووقعَ خلافٌ في أنَّ المتولِّي وكيلُ الواقف أو وكيلُ الفقراء، فقال أبو يوسفَ بالأوَّل، وقال محمدٌ بالثَّاني. ومما هو صريحٌ في قبول قول الوكيل ولو بعد العزلِ: فرعٌ في «القنية» قال: وكَّلَه وكالةً عامَّةً بأن يقومَ بأمرِه ويُنفقَ على أهله من مال الموكِّل، ولم يُعيِّنْ شيئاً للإنفاق بل أطلقَ، ثمَّ ماتَ الموكِّلُ، فطالبَه الورثةُ ببيانِ ما أنفق ومصرفِه، فإن كان عدلاً؛ يُصدَّقُ فيما قال، وإن اتَّهموهُ؛ حلَّفوه، وليس عليه بيانُ جهات الإنفاق، ومن أرادَ الخروجَ من الضَّمان؛ فالقولُ قولُه، وإن أرادَ الرُّجوعَ؛ فلا بُدَّ من البيِّنة. انتهى. هذا صريحٌ في قبول قوله في دعوى الإنفاق ولو بعد العزل، وتحقيقُه: أنَّ العزلَ لا يُخرِجُه عن كونه أميناً، فينبغي أن يُقبلَ قولُ الوكيل بقبض الدَّين أنَّه دفعَه لموكِّلِه في حياته

(١) «العقود الدرية»: كتاب الوقف: ١/ ٢٠٣.

يعني: من الأولادِ والفقراءِ وأمثالهما، وأمَّا إذا ادَّعى الصَّرفَ إلى وظائفِ المرتزقة؛ فلا يُقبلُ قولُه في حقِّ أرباب الوظائف، ....

في حقِّ براءة نفسه كما أفتى به بعضُ المتأخِّرين كما تقدَّم. اهـ ما في الحموي[1]. ويُستنبطُ من ذلك: أنَّ النَّاظرَ يُصدَّقُ بيمينه في الدَّفع للمستحقِّين بعد عزله، كالوكيل في قبض الدَّين إذا ماتَ الموكِّلُ وصدَّقَتْه الورثةُ في القبض وكذَّبوه في الدَّفع، فالقولُ قولُه بيمينه؛ لأنَّه بالقبض صارَ المالُ في يده وديعةً، فتصديقُهم له بعد اعترافهم بأنَّه مودَّعٌ كافٍ، فإن حلفَ برئَ، وإن نكلَ لزمَه المالُ كما يأتي قريباً الكلامُ عليه. وقد أفتى المرحومُ الوالدُ بأنَّه يُصدَّقُ بيمينه ما دام ناظراً، ولم يذكرْ نقلاً، والمسألةُ تحتاجُ إلى نقلٍ صريحٍ، من كتابٍ صحيحٍ، حتَّى يَطمئنَّ القلبُ في الجواب، في القبول أو عدمه بما يُرى في الكتاب، واللهُ الموفِّقُ للصَّواب[2].

(قوله: يَعْنِي: مِنَ الأَوْلَادِ وَالفُقَرَاءِ) بيانٌ للموقوف عليهم.

(قوله: وَأَمْثَالِهِمَا) كالعلماء والأشراف. وقيل: المرادُ بالأمثال: أولادُ الأولاد النَّسلُ والعقبُ والأقاربُ والعُتقاءُ. وقال بعضُ الفضلاء: ينبغي أن يُقيَّدَ بأنَّ لا يكون النَّاظرُ معروفاً بالخيانة كأكثر نظَّار زماننا، بل يجب أن لا يُفتوا بهذه المسألة كما قدَّمناه قريباً. ونقلَه ط عن الحموي[3].

(قوله: المُرْتَزِقَةِ) مثلِ الإمام والمؤذِّن والبوَّاب والفرَّاش؛ لأنَّ له شَبَهاً بالأجرة، بخلاف الأولاد ونحوهم؛ لأنَّه صلةٌ محضةٌ. قال ط: والفرقُ: أنَّ استحقاقَ نحو الأولاد

---

(١) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ١٥٧.

(٢) «العقود الدرية»: كتاب الوقف: ١/ ٢٠٢.

(٣) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ١٥٤- ١٥٥، «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٠.

لكن لا يَضمنُ ما أنكروهُ له، بل يدفعُه ثانياً من مال الوقف كما بَسطَه في «حاشية أخي زاده».

قلتُ: وقد مرَّ في الوقف عن المولى أبي السُّعود، واستحسنَه المصنِّفُ، وأقرَّه ابنُه. فليُحفظْ.

(وَسَوَاءٌ كَانَ فِي حَيَاةِ مُسْتَحِقِّهَا أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ، ....

لم يكن بمقابلةِ عملٍ، فكان صلةً محضةً، بخلاف استحقاق الإمام ونحوه، فإنَّ له شَبَهاً بالأجرة. وشبَّه المفتي أبو السُّعود ذلك بما إذا استأجَرَ شخصاً للبناء في الجامع بأجرةٍ معلومةٍ، ثم ادَّعى تسليمَ الأجرةِ إليه، فإنَّه لا يُقبلُ قولُه كما قدَّمناه آنفاً[1].

(قوله: لَكِنْ لَا يَضْمَنُ مَا أَنْكَرُوهُ لَهُ... إلخ) أي: عدمُ قبول قوله إنَّما هو في حقِّهم، فلا يلزَمُهم وصولُ ما ادَّعى إيصالَه إليهم بدون بيِّنةٍ؛ لأنَّ ما يأخذونَه صلةٌ من وجهٍ، وفيه شَبَهُ الأجرة، فاعتبارُه لا يُسقطُ حقَّهم بمجرَّد قوله، لكنَّه أمينٌ في حقِّ ما في يده من المال، فلا يلزمُه الضَّمانُ، وحينئذٍ يدفعُه لهم ثانياً من مال الوقف؛ لأنَّ حيث لم يَسقطْ حقُّهم، وهو متعلِّقٌ بالوقف، ولم يَضمنْ هو ما تَلفَ في يده لكونه أميناً؛ لم يبقَ إلا الرُّجوعُ على الوقف ثانياً.

(قوله: وَأَقَرَّهُ ابْنُهُ) بل قال في «حاشية الأشباه»: وهو تفصيلٌ حَسنٌ خصوصاً في زماننا. انتهى[2].

(قوله: مُسْتَحِقِّهَا) أي: الأماناتِ (أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ) أقول: أو إلى وكيله، قال الشَّارحُ في «شرحه على الملتقى» في أواخر الوقف: وكذا يُقبلُ قولُه ـ أي: النَّاظر ـ لو ادَّعى الدَّفعَ للموقوف عليهم ولو بعد موتهم، إلا في نفقةٍ زائدةٍ خالفتِ الظَّاهرَ. اهـ[3]. قال في «شرح

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٠.

(٢) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ١٥٥.

(٣) «الدر المنتقى»: ١/ ٧٦٢ (بهامش مجمع الأنهر).

إِلَّا فِي الوَكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ إِذَا ادَّعَى بَعْدَ مَوْتِ المُوَكِّلِ أَنَّهُ قَبَضَهُ وَدَفَعَهُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ؛ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، ....

تحفة الأقران»: الوكيلُ بقبض الوديعة إذا قال له المودَعُ: دفعْتُها إليكَ والوكيلُ ينكرُ؛ صُدِّقَ في حقِّ دفع الضَّمان عن نفسه، لا في إلزام الضَّمان على الوكيل.

(قوله: **إِلَّا فِي الوَكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ**) أي: من المدين، والصَّوابُ إسقاطُ "في". قيل: على ما تحرَّرَ أنَّه يُقبلُ قولُ الوكيل المذكور في حقِّ نفيِ الضَّمان عن نفسه لا في حقِّ إيجاب الضَّمان على الغير لا يحتاجُ إلى استثناء هذه المسألة من الكليَّة، إلا أن يقال: استثناؤها بالاعتبار الثَّاني، وقد وهِمَ في هذه المسألة كثيرونَ، وقد حرَّرَها الفاضلُ الحمويُّ هنا وفي كتاب الوكالة بما لا مزيدَ عليه[1]. قال بعضُ الفضلاء: وأفادَ الحصرُ قبولَ القول مع وكيل البيع، يؤيِّدُه ما في وكالة «الأشباه»: إذا قال بعد موت الموكِّل: "بِعْتُه من فلانٍ بألف درهمٍ وقبضْتُها وهلكتْ"، وكذَّبَتْه الورثةُ في البيع؛ فإنَّه لا يُصدَّقُ إذا كان المبيعُ قائماً بعينه، بخلافِ ما إذا كان هالكاً. اهـ[2].

(قوله: **إِذَا ادَّعَى بَعْدَ مَوْتِ المُوَكِّلِ**) أمَّا إذا ادعى القبضَ والدَّفعَ للموكِّل حالَ حياته، فأنكرَ الموكِّلُ؛ يُقبلُ قولُه ولو كان فيه إيجابَ الضَّمان على الغير، ويُقبلُ قولُه أيضاً في نفي الضَّمان عن نفسه، فلا يَرجعُ الغريمُ عليه؛ لأنَّ قبضَه منه بالنِّسبة إليه ثابتٌ، سواءٌ صدَّقَه في الدَّفع أو كذَّبَه اهـ أبو السعود.

(قوله: **لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ**) إذا كذَّبَه الورثةُ في القبض والدَّفع، وعدمُ قبوله حينئذٍ بالنِّسبة إلى إيجاب الضَّمان على الميت؛ لأنَّ الدُّيونَ تُقضى بأمثالها، فبادِّعائه الدَّفعَ إليه يُوجبُ عليه

---

(١) «غمز عيون البصائر»: كتاب الوكالة: ٣/ ٣٠- ٣١، كتاب الأمانات: ٣/ ١٥١- ١٥٢.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٢١٤.

مثلَ ما قبَض، ويلتقيَ قصاصاً بما له على المدين، وهو لا يملكُ ذلك؛ لأنَّه بموت الموكل انعزلَ عن الوكالة، وقد حكى أمراً لا يملكُ استئنافَه، وفيه إيجابُ الضَّمان على الغير، فلا يُصدَّقُ في ذلك. وصرَّحوا في كتابِ الوكالة: أنَّه إذا صدَّق المديونُ وكيلَ الغائب في الوكالة؛ صار المالُ المدفوعُ إليه أمانةً لتصديقِه عليها، فانتفى رجوعُه عليه، فلو أقامَ بيِّنةً على الدَّفع للوكيل؛ قُبلتْ واندفعتِ الورثةُ، وإذا صدَّقَه الورثةُ في القبض والدَّفع؛ فالأمرُ ظاهرٌ، وإذا صدَّقَه الورثةُ في القبض أو ثبتَ ببيِّنةٍ وكذَّبوه في الدَّفع؛ فالقولُ قولُه؛ لأنَّه مُودَعٌ بعد القبض؛ لِمَا نصُّوا عليه من أنَّ الوكيلَ بقبض الدَّين يصيرُ مُودَعاً بعد قبضه، فيَجري عليه أحكامُ المودَع، فإذا صدَّقوه في القبض؛ صاروا مُقرِّين بأنَّ المالَ في يده وديعةٌ. ط[1].

أقول: وكذلك الوصيُّ بعد عزله إذا قال: "قبضتُ ودفعتُه أو هلكَ منِّي"، وكذَّبَه مَنْ له عليه الطَّلبُ شرعاً في القبض؛ لم يُقبلْ قولُه إلا ببيِّنةٍ؛ لأنَّه بعد العزل لا يملكُ إنشاءَ القبض، وفيه إيجابُ الضَّمان على الغير؛ إذ الدُّيونُ تُقضى بأمثالها، ومن حكى أمراً لا يملكُ إنشاءَه وفيه إيجابُ الضَّمان على الغير؛ لا يُقبلُ قولُه. ولو لم يكن معزولاً وكان له ولايةُ القبض، بأن كان وصيَّ الميت مطلقاً أو القاضي، وأذنَ له في القبض؛ قُبِلَ قولُه في ذلك، فقد صرَّح في «التَّاترخانيَّة»: بأنَّ الوصيَّ إذا أقرَّ باستيفاء الدَّين جازَ، وذلك لأنَّه يملكُ إنشاءَ القبض. وقد قلَّ من حرَّرَ هذه المسألةَ، بل لم أطَّلعْ على من حرَّرَها غيري. فتأمَّل. ذكره العلامةُ الرَّمليُّ[2].

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٠.

(٢) «نزهة النواظر»: ٤/ ٤٣٣ (ذيل غمز عيون البصائر).

بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِقَبْضِ العَيْنِ) كوديعةٍ قال: "قَبَضْتُها في حياتِه وهلكتْ"، وأنكرتِ الورثةُ، أو قال: "دَفَعْتُها إليه"، فإنَّه يُصدَّقُ؛ لأنَّه ينفي الضَّمانَ عن نفسه، بخلاف الوكيل بقبض الدَّيْن؛ لأنه يُوجبُ الضَّمانَ على الميت، وهو ضمانُ مثلِ المقبوض، فلا يُصدَّقُ. وكالة «الولوالجيَّة».

قلتُ: وظاهرُه: أنَّه لا يُصدَّقُ لا في حقِّ نفسه، ....

فرعٌ: الوصيُّ إذا وفى الدَّينَ بعد ثبوته وأذن القاضي، ثم ظهرَ دينٌ آخرُ؛ فإنَّه لا يرجعُ عليه، وإنَّما يشاركُ. واللهُ تعالى أعلمُ. أفاده سيدي الوالد رَحِمَهُ اللَّهُ في «تنقيحه» في الباب الثَّالث من كتاب الوقف[1].

(قوله: بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِقَبْضِ العَيْنِ) هي أصلُ المسألة، فلا يحتاجُ إلى هذه الزِّيادة.

(قوله: فِي حَيَاتِهِ) أي: الموكِّل.

(قوله: لِأَنَّهُ يَنْفِي الضَّمَانَ عَنْ نَفْسِهِ) أي: وليس المقصودُ هنا الإيجابَ على الموكِّل.

(قوله: وَهُوَ ضَمَانُ مِثْلِ المَقْبُوضِ) الذي يقعُ به القصاصُ عمَّا على المديون؛ لأنَّ الدُّيونَ تُقضى بأمثالها.

(قوله: قُلْتُ: وَظَاهِرُه) أي: ظاهرُ ما في «الولوالجية»[2].

(قوله: لَا فِي حَقِّ نَفْسِهِ) أي: فيَضمنُ ولا يبرأُ بدعواهُ الدَّفعَ إلى الميِّت، وهذا غيرُ ظاهرٍ منها، بل الظَّاهرُ من عبارته: أنَّه لا يُصدَّقُ في حقِّ الموكِّل خاصةً، بقرينة تعليله بقوله: (لأنَّه يوجبُ الضَّمانَ على الميت). ط[3].

(١) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ١/ ٢٠٣

(٢) «الفتاوى الولوالجية»: ٤/ ٣٦٣.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩١.

ولا في حقِّ الموكِّل، وقد أفتى بعضُهم: ....

(قوله: وَلَا فِي حَقِّ المُوَكِّلِ) في إيجاب الضَّمان عليه بمثل المقبوض.

(قوله: وَقَدْ أَفْتَى بَعْضُهُمْ) هو من معاصري صاحب «المنح» كما ذكرَه فيها[1]، وذكرَ الرَّمليُّ في حاشيتها: أنَّه هو الذي لا محيدَ عنه، وليس في كلام أئمَّتِنا ما يشهدُ لغيره. تأمَّلْ. اهـ[2]. قال في «الأشباه»: كلُّ أمينٍ يدَّعي إيصالَ الأمانة إلى مستحقِّها قُبِلَ قولُه، كالمودَع والوكيلِ والنَّاظر، إلا في الوكيل بقبض الدَّين إذا ادَّعى بعد موت الموكل أنَّه قَبضَه ودفعَه في حياته؛ لم يُقبلْ إلا ببيِّنةٍ، بخلاف الوكيل بقبض العين، والفرقُ في «الولوالجية». اهـ[3].

وأقول: تعقَّبَه الشُّرنبلاليُّ أخذاً من كلام «الولوالجيَّة» وغيرها من كتب المذهب: بأنَّ دعوى الوكيل الإيصالَ تُقبلُ؛ لبراءته بكلِّ حالٍ، وأمَّا سرايةُ قوله على موكِّلِه ليَبرأ غريمُه؛ فهو خاصٌّ بما إذا ادَّعى الوكيلُ حال حياة موكِّلِه، وأمَّا بعد موته؛ فلا تثبتُ براءةُ الغريم إلا ببيِّنةٍ أو تصديقِ الورثة... إلى آخر ما ذكره في الرسالة المسمَّاة بـ«منة الجليل في قبول قول الوكيل». كذا في «حاشية أبي السُّعود».

قلتُ: وللعلَّامة المقدسيِّ أيضاً رسالةٌ في هذه المسألة ذكرَها الشُّرنبلاليُّ في مجموعةِ رسائله عَقِب الرِّسالةِ التي أَلَّفَها، واستشهدَ بها على ما ادَّعاهُ، فارجعْ إلى تينك الرِّسالتين، فقد أشبَعا الكلامَ فيهما جزاهما اللهُ تعالى خيراً. وقدَّمْنا ذلك في الوكالة، فارجعْ إليه إن شئتَ، وقدَّمْنا أنَّ الغريمَ إن صُدِّقَ أنَّه وكيلٌ؛ لا يَرجعُ عليه إن ضاعَ، إلا إذا ضَمنَه وقتَ

---

(١) «منح الغفار»: ق٥٢٥/ آ فيض الله.

(٢) «لوائح الأنوار»: ق٧٣/ آ ولي الدين.

(٣) «الأشباه والنظائر»: ص٢٣٥.

....

الدَّفع للقَدْر المأخوذ ثانيًا، أو قال له: "قبضتُ منك على أنِّي أبرأتُكَ من الدَّين".

والحاصلُ: أنَّه أمينٌ، فيُصدَّقُ في نفي الضَّمان عن نفسه، فلا رجوعَ للورثة عليه بالدَّين، ولا للدَّافع بعد حلفه؛ لأنَّه إنَّما دفعَ إليه بناءً على أنَّه أمينٌ؛ لأنَّه وكيلُ الدَّائن في القبض، ولا ضمانَ عليه، ولا يَسقطُ دَيْنُ الموكِّل عن مديونه؛ لأنَّ معنى قضاء الدَّين لزومُ مثله للمديونِ على دائنه بدفعه إياهُ عند القضاء، فتقعُ المقاصَّةُ بذلك؛ لأنَّ الدَّينَ وصفٌ بالذمَّة لا يمكنُ قضاؤه، فلا يُصدَّقُ في دعواهُ لزومَ الدَّين في ذمَّة موكِّله بمجرَّد دعواهُ؛ إذ الأمينُ يُقبلُ قولُه في دفع الضَّمان، لا في إلزام الغير، وهذه نظيرةُ ما تقدَّمتْ من عدم نفاذ قول المتولِّي: دفعتُ إلى أرباب الوظائف، ولا ضمانَ عليه.

ثمَّ بعد كتابتي هذا المحلَّ وجدتُ سؤالاً رُفعَ إلى الخير الرَّمليِّ مذكوراً في «فتاويه»: سُئلَ فيما إذا وكَّلتْ زوجَها في قبض مالٍ، فقبضَه ودفعَه لها، ثمَّ ماتتْ، فهل يُقبلُ قولُه بيمينه في دفعِ ذلك أم لا؟ أجابَ: إن كان الموكَّلُ فيه قبضَ وديعةٍ ونحوها من الأمانات؛ فالقولُ قولُه بيمينه في القبض والدَّفع لها، وإن كان قبضَ دَيْنٍ وأقرَّتْ بقيَّةُ الورثةِ بالقبض وأنكرتِ الدَّفعَ؛ فكذلك القولُ قولُه بيمينه في الدَّفع، وإن أنكرتِ القبضَ والدَّفعَ؛ لا يُقبلُ قولُه إلا ببيِّنةٍ، وإذا لم تَقُمْ بيِّنةٌ؛ رجعتِ الورثةُ بحصَّتها منه على المديون، ولا يرجعُ المديونُ على الزَّوْج؛ لأنَّ قولَه في براءة نفسه مقبولٌ، لا في إيجاب الضَّمان على الميت، والزَّوجُ فيما يُخبرُ يوجبُ في ذمَّة الزَّوجة مثلَ دَيْنها على الغريم؛ لِمَا تقرَّرَ أنَّ الدُّيونَ تُقضى بأمثالها، وقد عُزِلَ عن الوكالة بموتها، فهو لا يملكُ استئنافَ القبض، بخلاف ما إذا كانت حيَّةً أو كان الموكَّلُ فيه وديعةً؛ لأنَّه في الأوَّل يملكُ الاستئنافَ، فمَلَكَ الإخبارَ، وفي الثَّاني ليس فيه إيجابُ الضَّمان عليها. وهذه المسألةُ قد زلَّتْ فيها أقدام، وانعكستْ

....

فيها أفهام، وقد ذكرَ بعضُ معاصري مشايخنا: أنَّها تحتاجُ إلى التَّحرير، واعتذرَ بعضُهم عنه بضِيقِ الوقت لا بالتَّقصير، فقال: كان يختلجُ بخاطري كثيراً أن أجمعَ في تحريرها كلاماً، يُزيلُ إشكالاً ويُوضحُ مراماً، لكنَّ الوقتَ يَضيقُ عن كمال التحقّيق، ولكنَّني بفضل الله تعالى ومِنَّته وُفِّقتُ لتحريرها على الأوجه الأتمِّ، وأنزلتُ كلَّ فرعٍ منها منزلَتَه في أصله، وكتبتُ على بعض حواشي بعض الكتب ما حاصِلُه:

اعلم أوَّلاً أنَّ الوكيلَ بقبض الدَّين يَصيرُ مودَعاً بعد قبضه، فتَجري عليه أحكامُ المودَع، وأنَّ من أخبرَ بشيءٍ يملكُ استئنافَه؛ يُقبلُ قولُه، وما لا فلا، وأنَّ الوكيلَ يَنعزلُ بموت الموكِّل، وأنَّ من حكى أمراً لا يملكُ استئنافَه: إن كان فيه إيجابُ الضَّمان على الغير لا يُقبلُ قولُه على ذلك الغير، وإلا يُقبلُ، ومن حكى أمراً يملكُ استئنافَه؛ يُقبلُ وإن كان فيه إيجابَ الضَّمان على الغير. فإذا علمتَ ذلك فاعلم أنَّه متى ثبتَ قبضُ الوكيل من المديون ببيِّنةٍ أو تصديقِ الورثة له؛ فالقولُ قولُه بالدَّفع بيمينه؛ لأنَّ مُودَعٌ بعد القبض ولو كذَّبَه الورثةُ في الدَّفع؛ لأنَّهم بتصديقهم له في القبضِ صاروا مُقرِّين بأنَّ المالَ في يده وديعةٌ. وإذا لم يثبتِ القبضُ بأن أنكروا القبضَ والدَّفعَ؛ لا يُقبلُ قولُه في إيجاب الضَّمان على الميت، ويُقبلُ قولُه في براءة نفسه، فتَرجعُ الورثةُ على الغريم، ولا يَرجعُ الغريمُ عليه؛ لأنَّه لا يملكُ استئنافَ القبض لعزلِه بالموت، وقبضُه لدى الغريم ثابتٌ، فهو بالنِّسبة إليه مودَعٌ، والقولُ قولُ المودَع في الدَّفع بيمينه، وذلك لأنَّه مُصدَّقٌ له معه في الوكالة، وقد صرَّحوا في كتاب الوكالة: أنَّ المدين إذا صدَّقَ وكيلَ الغائب في الوكالة؛ صار المالُ المدفوعُ إليه أمانةً لتصديقه عليها، فانتفى رجوعُه عليه، فلو أقامَ المدينُ بيِّنةً على الدَّفع للوكيل؛ قُبِلَ واندفعتِ الورثةُ، وإن صدَّقَ ورثةُ الوكيل في القبض والدَّفع؛ فالأمرُ ظاهرٌ

أنَّه يُصدَّقُ في حقِّ نفسه، لا في حقِّ الموكِّل، وحملَ عليه كلامَ «الولوالجيَّة»، فيُتأمَّل عند الفتوى.

عدم مطالبة الغريم، وقد بَرئتْ ذمَّتُه بتصديقهم. فتأمَّلْ ذلك واغتنِمْه فإنَّه مفردٌ. ولو أرادَ الوكيلُ تحليفَ الورثة على نفي العلم بالقبض والدَّفع، أو أرادَ المديونُ ذلك؛ فله ذلكَ، ولو ضمَّنوا المديونَ بعد الحلف، وأراد أن يُحلِّفَ الوكيلَ على الدَّفع للموكِّل؛ الظَّاهرُ: أنَّ له ذلكَ؛ لِمَا تقرَّرَ أنَّ الوكيلَ بالقبض خصمٌ، ومن أنَّ المالَ في يده أمانةٌ، وكلُّ أمينٍ ادَّعى إيصالَ الأمانة إلى مستحقِّها فالقولُ قولُه، وأنَّ كلَّ من قُبِلَ قولُه فعليه اليمينُ، وقولُه في حقِّ براءة نفسه مقبولٌ، وإن لم يُقبلْ في حقِّ إيجاب الضَّمان على غيره، وأيضاً كلُّ من أقرَّ بشيءٍ يلزَمُه؛ فإنَّه يحلفُ إذا هو أنكرَه، إلى غير ذلك من الضَّوابط والقواعد، ولأن المديونَ له أحدُ المالين: إمَّا الذي دَفعَه للوكيل، وإمَّا للورثة، والذي دَفعَه للورثة إذا عادوا إلى تصديقِ الوكيل يَستردُّه، وكذلك الذي دفعَه للوكيل إذا أقرَّ الوكيلُ بعد أن دَفعَه المديونُ للورثة بأنَّه لم يدفَعْه للموكِّل وأنَّه باقٍ عنده أو استهلَكَه يردُّه على الدَّافع. هذا ما ظهرَ لي من كلامهم وتفقَّهتُ فيه، ولم أرَ من أشبعَ القولَ في المسألة، ولا من أعطاها حقَّها في الاستقصاء، وأرجو اللهَ تعالى أن يكون هذا التَّفقُّهُ صواباً. واللهُ تعالى أعلمُ. اهـ[1].

(قوله: أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ) أي: فيبرأُ.

(قوله: لا فِي حَقِّ المُوَكِّلِ) أي: فلا يجبُ عليه شيءٌ حتَّى يَلتقي قصاصاً بما على المديون، ويلزمُ من هذا أنَّ المديونَ لا يبرأُ؛ لعدم تصديق الوكيل في حقِّ الموكِّل، وليس للمديون الرُّجوعُ على الوكيل حيث صدَّقَه في الوكالة كما سلفَ.

(قوله: فَيُتَأَمَّلُ عِنْدَ الفَتْوَى) هذا إنَّما يُحتاجُ إليه إذا كان ظاهرُ «الولوالجيَّة» ما ذكره،

---

(١) «الفتاوى الخيرية»: كتاب الوكالة: ٢/ ٣٧-٣٨.

فروعٌ: أوصى بالعاريةِ؛ ليس للورثة الرُّجوعُ.

العاريةُ كالإجارة تَنفسخُ بموت أحدهما.

ماتَ وعليه دَينٌ عنده وديعةٌ بغير عينِها؛ فالتَّركةُ بينهم بالحِصَص.

استأجَرَ بعيراً إلى مكَّةَ؛ فعلى الذَّهاب، وفي العاريةِ على الذَّهاب والمجيء؛ ....

وليس بظاهرها، فيتعيَّنُ ما أفتى به البعضُ. فتأمَّلْ.

(قوله: **لَيْسَ لِلْوَرَثَةِ الرُّجُوعُ**) أي: على المستعير الموصى له، سواءٌ كانت مطلقةً أو مؤقَّتةً، ومحلُّه: إذا كانت تخرجُ الرَّقبةُ من الثُّلُث، وقيل: بعد موت الموصي، فلو لم يقبلْ بعده بطلتْ كما ذكروه في الوصيَّة بالخدمة والسُّكنى.

(قوله: **تُفْسَخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا**) فلورثةِ المعير الرُّجوعُ، وليس لورثة المستعير الانتفاعُ، حتَّى لو استعلموها فهلكتْ ضمنوا، وهذه فائدةُ الفسخ كما لا يخفى. ط[1].

(قوله: **بِغَيْرِ عَيْنِهَا**) يعني: لم تعلمْ عينُها، أي: بأنَّ مات مُجهِّلاً لها.

(قوله: **فَالتَّرِكَةُ بَيْنَهُمْ**) أي: بين المعير والغرماء بالحِصَص إن لم توفِ التَّركةُ بالكلِّ؛ لأنَّها صارتْ مضمونةً عليه، فكانت كبقيَّة الدُّيون.

(قوله: **اسْتَأْجَرَ بَعِيراً إِلَى مَكَّةَ فَعَلَى الذَّهَابِ**) لأنَّ "إلى" للغاية، وجعلَ غايةَ الاستئجار مكَّةَ، ولو قال له: أعِرْني هذا البعيرَ لأذهبَ به إلى مكَّةَ؛ كان على المستعير أن يردَّ العاريةَ إلى المعير حيث أخذَها منه، وكانت العاريةُ على الذَّهاب والرُّجوع عُرفاً. رحمتي.

أقول: الفرقُ بين الإجارة والاستعارة: أنَّ الاستعارةَ تمليكُ المنفعة بلا عِوَضٍ، وفي

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩١.

لأنَّ ردَّها عليه.

استعارَ دابَّةً للذَّهاب، فأمسَكَها في بيته، فهلكتْ؛ ضَمِنَ؛ لأنَّه أعارَها للذَّهاب لا للإمساك.

استقرَضَ ثوبـاً، فأغارَ عليه الأتراكُ؛ لم يضمنْ؛ لأنَّه عاريةٌ عرفـاً.

استعارَ أرضـاً ليَبنيَ ويَسكنَ، وإذا خرجَ فالبناءُ للمالك، فللمالكِ أجرُ مثلها مقدارَ السُّكنى،

التَّبرُّع تجري المسامحةُ، فأمَّا الإجارةُ؛ فتمليكٌ بعِوَضٍ، ومبنى ذلك المضايقةُ. كذا في «فروق المحبوبيِّ».

(قوله: **لِأَنَّ رَدَّهَا عَلَيْهِ**) أي: وهو لا يتمكَّنُ من الردِّ إلا بالمجيء، بخلافِ الإجارة، فإنَّ مؤنةَ الردِّ على المالك، وهذا فرقٌ آخرُ غيرُ الذي قدَّمناه قريبـاً عن المحبوبيِّ. وفي «الهنديَّة»: لو استعارها ليَحملَ عليها كذا مَنّاً من الحنطة إلى البلد، وهلكتِ الحنطةُ في الطَّريق؛ فله أن يَركبَها إلى البلد، وفي العود أيضـاً إلى منزل المعير. اهـ[1].

(قوله: **لِأَنَّهُ أَعَارَهَا لِلذَّهَابِ لا لِلإِمْسَاكِ**) أي: فكان به مُتعدِّيـاً، لكن قد يقال: إنَّه خالَفَ إلى خيرٍ، فلا يكون متعدِّيـاً. إلا أن يقال: إنَّ إمساكَ الدَّابَّة في المكان ضررٌ بها عادةً. فتأمَّلْ.

(قوله: **لِأَنَّهُ عَارِيَّةٌ عُرْفـًا**) أي: وهلكت من غير تعدٍّ من المستعير، فلا تُضمنُ؛ لأنَّ القرضَ إنَّما يكون في المثليَّات، واستقراضُ غيرها فاسدٌ يحرمُ تعاطيه، وفعلُ المسلم يُحملُ على الصَّلاح ما أمكنَ، والعاريةُ والقرضُ ينوبُ كلٌّ منهما عن الآخر استعمالاً، فكما أنَّ عاريةَ المثليِّ الذي لا يمكن الانتفاعُ به إلا باستهلاكه قرضٌ؛ فكذا استقراضُ العين التي يُنتفعُ بها ثمَّ تردُّ إلى صاحبها عاريةٌ، وهي أمانةٌ لا تُضمنُ. أفاده بعضُ الفضلاء.

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٦ عن «القنية».

والبناءُ للمستعيرِ؛ لأنَّ الإعارةَ تمليكٌ بلا عِوَضٍ، فكانت إجارةً معنىً، وفسدتْ بجهالةِ المدَّةِ، وكذا لو شرطَ الخَرَاجُ على المستعيرِ..

(قوله: بِلَا عِوَضٍ) أي: وهنا قد جعلَ له عِوَضاً، وهو كونُ البناء الذي أحدثَه المستعيرُ له.

(قوله: بِجَهَالَةِ المُدَّةِ) وكذا البدل؛ لأنَّ قَدْرَ ما ينفقُه في العمارة غيرُ معلومٍ حال عقدِ الإعارة، والفاسدُ يجبُ فيه أجرُ المثل بالانتفاع، وقد حصلَ. وعبارةُ «البحر» عن «المحيط»: لجهالة المدَّة والأجرة؛ لأنَّ البناءَ مجهولٌ، فوجب أجرُ المثل اهـ[1]. فأفادَ أنَّ الحكمَ كذلك لو بيَّنَ المدَّةَ؛ لبقاء جهالة الأجرة، وهو ظاهرٌ. اهـ. قال في «البزَّازيَّة»: دفعَ دارَه على أن يسكُنَها ويرمَّها ولا أجرَ؛ فهي عاريةٌ؛ لأنَّ المرمَّةَ من باب النَّفقة، وهي على المستعير، وفي كتاب العارية بخلافه. اهـ[2].

أقول: الذي يظهرُ التَّفرقةُ بين استعارة الأرض ليَبنيَ فيها ويكون البناءُ للمالك، فهي إجارةٌ فاسدةٌ يجب فيها أجرُ المثل والبناءُ لصاحبه، وبين استعارةِ الدَّار ليسكُنَها ويرمَّها، فهي عاريةٌ لِمَا ذكرَ، والوجهُ ظاهرٌ.

(قوله: وَكَذَا لَوْ شُرِطَ الخَرَاجُ) أي: خراجُ المقاسمة أو الموظَّف (عَلَى المُسْتَعِيرِ) فإنَّها تكون إجارةً فاسدةً؛ لأنَّ الخراجَ على المعير، فإذا شَرطَه على المستعير فقد جَعلَه بدلاً عن المنافع، فقد أتى بمعنى الإجارة، والعبرةُ للمعاني في العقود، وتكون إجارةً فاسدةً؛ لأنَّ قَدْرَ الخراج مجهولٌ. أمَّا إذا كان خراجَ المقاسمة؛ فظاهرٌ؛ لأنَّه بعضُ الخارج، والخارجُ يزيدُ وينقصُ. وأمَّا إذا كان خراجاً موظَّفاً؛ فإنَّه وإن كان مُقدَّراً، إلا أنَّ الأرضَ إذا لم تَحتملْ ذلك القدرَ؛ ينقصُ عنه، وجهالةُ البدل في الإجارة تفسدُ الإجارةَ. اهـ «منح» عن «مجمع الفتاوى».

(١) «المحيط الرضوي»: ٥/ ١٤٢، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٣.

(٢) «الفتاوى البزازية»: كتاب الإجارات: ١/ ٤١٨.

لجهالةِ البدل، والحيلةُ: أن يؤجِرَه الأرضَ سنينَ معلومةً ببدلٍ معلومٍ، ثمَّ يأمُرَه بأداء الخراجِ منه.
استعارَ كتابًا، فوجدَ به خطأً؛ أصلَحَه إن عَلمَ رضى صاحبه.

(قوله: وَالْحِيلَةُ) أي: في صحَّةِ كون الخراج على المستعير.

(قوله: أَنْ يُؤْجِرَهُ) أي: مَنْ أرادَ العارية.

(قوله: مِنْهُ) أي: من ذلك البدل، فإنَّه جائزٌ، فإنَّه وكَّلَه بأداءِ ما عليه من مالٍ له عليه. اهـ «منح».

(قوله: إِنْ عَلِمَ رِضَى صَاحِبِهِ) فإن علمَ عدمَ رضاهُ؛ ينبغي أن لا يُصلِحَه؛ لأنَّه تصرُّفٌ في ملك الغير بغير إذنه، قال ابنُ وهبان: ولا شكَّ أنَّ خطَّه ذلك إن كان يُناسبُ خطَّ الكتاب، وهو يقطعُ أنَّ الصَّوابَ فيما يُصلِحُه وأصلَحَه؛ لا يَكرهُ صاحبُ الكتاب ذلك إن كان عاقلاً، وينبغي للمستعير إذا لم يكن خطُّه مناسبًا أن يكتبَ الإصلاحَ في ورقةٍ ويَضعَها في الكتاب ويُعلِمَ عليه ليَعلمَ به صاحبُه فيُصلحَه؛ لأنَّ إصلاحَ كُتُب العلم من القُربات، وإلا فلا يفعلُ، فلو فعلَ ينبغي أن يَضمنْ. وإن لم يقطعْ بالغلط؛ راجَعَ أعلمَ منه أو نسخةً أصحَّ. اهـ. ومثلُ المستعير: المستأجرُ، وفي الحديث: «مَنْ نَظَرَ فِي كِتَابِ أَخِيهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ؛ فَكَأَنَّمَا نَظَرَ فِي النَّارِ»[1]، وهو محمولٌ عند أهل العلم على كتب الرَّسائل، أمَّا كتب العلم؛ فينبغي أن يجوزَ النَّظرُ فيها إذا كانت لا تتضرَّرُ بالنَّظر والتَّقليب، وعادةُ النَّاس في ذلك المساهلةُ والمسامحةُ، والاحتياطُ عدمُ النَّظر إلا بأمرٍ. اهـ عبدُ البرِّ[2].

(١) رواه أبو داود: ١٤٨٥ وضعفه من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.
(٢) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٥٥.

قلتُ: ولا يأثمُ بتركه، إلا في القرآن؛ لأنَّ إصلاحَه واجبٌ بخطٍّ مناسبٍ.

وفي «الوهبانيَّة»:

وَسِفْرٍ رَأَى إِصْلَاحَهُ مُسْتَعِيرُهُ يَجُوزُ إِذَا مَوْلَاهُ لَا يَتَأَثَّرُ[1]

وفي معاياتها:

(قوله: بِخَطٍّ مُنَاسِبٍ) يفهمُ منه: أنَّه لا يُصلحُه بخطٍّ رديءٍ ينقصُ قيمتَه؛ لأنَّه لم يتعيَّنْ إصلاحُه به، بل يمكنُ إصلاحُه بمن له خطٌّ يُناسبُه، وهذا في زمانهم، أمَّا في زماننا؛ فلا يُصلِحُه إلا بعد تحقُّقِ فسادِ ما يريدُ إصلاحَه، لا بمجرَّدِ فهمه القاصر وإن اعتقدَ أنَّه مصيبٌ؛ لأنَّه بسبب الجهل يظنُّ المستقيمَ خطأً، فيُفسدُه بإصلاحه، وقد عايناهُ كثيراً. والحاصلُ: أنَّه إن عَلِمَ أنَّ صاحبَه يكرهُ إصلاحَه لا يفعلُ؛ لأنَّ التصرُّفَ في ملك الغير لا يجوزُ، وإن عَلمَ أنَّه لا يكرهُ إصلاحَه وكان خطُّه يُناسبُ الكتابَ وهو يقطعُ بالصَّواب فيما يُصلحُه؛ له ذلكَ، وإلا راجَعَ مَنْ هو أعلمُ منه أو نسخةً صحيحةً، أو كتبَ في ورقةٍ ويضعُها في الكتاب ليكتبَ بخطٍّ مناسبٍ؛ لأنَّ إصلاحَ كتب العلم من القُرُبات، ولا يأثمُ بترك الإصلاح إلا في القرآن العظيم؛ لأنَّه واجبُ الإصلاح بخطٍّ مناسبٍ.

(قوله: فَفِي «الوَهْبَانِيَّةِ») في نسخٍ بالفاء، ولا يظهرُ تفريعُه إلا بالنَّظَر إلى أوَّل المسألة، وهو قولُه: (استعارَ كتاباً... إلخ). وفي نسخٍ بالواو، وهي ظاهرةٌ. وثبتَ في بعض النُّسخ بعد البيت الأوَّل: (وفي معاياتها:

وَأَيُّ مُعِيرٍ لَيْسَ يَمْلِكُ أَخْذَ مَا أَعَارَ وَفِي غَيْرِ الرِّهَانِ التَّصَوُّرُ)

(قوله: وَسِفْرٍ) بكسر السين: اسمُ الكتاب المستعار، فإنَّه تقدَّم الكلامُ عليه قريباً.

---

(١) «قيد الشرائد»: البيت: ٥٩٩: ص١٥٥.

وَأَيُّ مُعِيرٍ لَيْسَ يَمْلِكُ أَخْذَ مَا أَعَارَ وَفِي غَيْرِ الرِّهَانِ التَّصَوُّرُ
وَهَلْ وَاهِبٌ لِابْنٍ يَجُوزُ رُجُوعُهُ . . . .

(قوله: وَأَيُّ مُعِيرٍ... إلخ) يعني: أيُّ معيرٍ أعارَ مِلكَه لغير الرَّهن ولا يملكُ استرجاعَه؟ فالجوابُ: إنَّها أرضٌ أجَرَها المالكُ للزِّراعة، ثم أعارَها من المستأجر وقد زَرعَها، فإنَّه لا يملكُ استرجاعَها؛ لِمَا فيه من الضَّرر، وتُفسخُ الإجارةُ من حين الإعارة، ويلزمُ المزارعَ أجرةُ المثل من وقت الرُّجوع كما في «شرح الشُّرنبلاليِّ عليها»[1]. وكذا معيرُ أمةٍ لإرضاع الصَّغير ولا يجدُ غيرَها، أو لا يأخذُ إلا ثديَها، فلا يَستردُّها إلى أن يتمَّ الرِّضاعُ، وله أجرُ مثلها، وكذا من أعارَ دابَّةً وطَلَبَها من مكانٍ لا يجدُ فيه ما يكتري، وقد تقدَّم ذلك كلُّه. وإنَّما قيَّدَ بغير الرَّهن؛ لأنَّ من أعارَ متاعَه ليرهنَه المستعيرُ؛ لا يَستردُّه إلا بعد قضاء دَيْن المرتهن كما تقدَّم، ويأتي في الرَّهن. اهـ.

(قوله: وَهَلْ وَاهِبٌ لِابْنٍ) أي: من النَّسَب.

(قوله: يَجُوزُ رُجُوعُهُ) أي: رجوعُ الأبِ فيما وهبَ لابنه، وصورتُه: وهبَ لابنه الرَّقيق شيئًا، فإنَّه يجوزُ له الرُّجوعُ فيه؛ لأنَّ الرَّقيقَ لا يملكُ، وتقع الهبةُ لسيِّده، فتكون لأجنبيٍّ، فيثبتُ له حقُّ الرُّجوع. وتمامُ هذا البيت:

. . . . وَإِيجَارُ قَوْمٍ لِلْحُمُولَةِ مُحْظَرُ[2]

وصورتُه: استأجرَ قومًا لحملِ جنازةٍ وهناك من يحملُها بغير أجرٍ؛ فتُحظرُ هذه الإجارةُ.

(١) «تيسير المقاصد»: ص٧٤٠.

(٢) «قيد الشرائد»: البيت: ٩٧٥: ص٢٣٠.

وَهَلْ مُودَعٌ مَا ضَيَّعَ المَالَ يَخْسَرُ[1] ....

(قوله: وَهَلْ مُودَعٌ مَا ضَيَّعَ المَالَ يَخْسَرُ) هو ما إذا دفعَ المالَ لرجلٍ وقال: "ادفَعْه لفلانٍ بعد موتي وصيَّةً منِّي إليه"، وكان المذكورُ وارثًا له، فدَفعَها إليه بعد موته؛ ضَمِنَ، ومثلُه لو قال: "ادفعْ لقاتلي"؛ لعدم صحَّةِ الوصية إليهما، فصار المالُ للورثة بموت المودِع، وكان الأمرُ فيه لهم لا له، فبدفعِه صار دافعًا بغير إذن المالك وقتَ الدَّفع، والآذنُ قد بطلَ إذنُه بموته.

(قوله: مَا ضَيَّعَ المَالَ) فيه تسامُحٌ؛ لأنَّه دفعَه بغير إذن مالكه، وهو تضييعٌ؛ لانقضاء إذن الآذن بموتِه وخروج المال عن ملكه ودخوله في ملك الوارث؛ لعدم صحَّةِ الوصيَّة للوارث والقاتل، ومن انتقلَ المالُ إلى ملكه لم يأذنْ له بالدَّفع، لكنَّه حيث دفعَ للوارث ينبغي أن يضمنَ ما زادَ على قدر نصيبه. فليتأمَّل. والظَّاهرُ: أنَّ له الرُّجوعَ على مَنْ دفعَ إليه. وهذا عجزُ بيتٍ، وصدرُه:

وَمَنْ غَارِمٌ إِطْعَامَ عَبْدٍ قِرَاضُهُ[2] ....

وصورتُه: مضاربٌ اشترى عبداً بألفينِ ومالُ المضاربة ألفٌ؛ فإنَّه بإنفاقه عليه يكون متبرِّعًا؛ لأنَّه لم يبقَ في يده شيءٌ من المال، فالنَّفقةُ استدانةٌ على المال، وإنَّه لا يملِكُها، إلا أن يرفعَ الأمرَ إلى القاضي، فيأذنَ له، فيكون له الرُّجوعُ.

فروعٌ: إذا ماتَ المستعيرُ أو المعيرُ تبطلُ الإعارةُ. «خانيَّة»[3].

استعارَ من آخرَ شيئًا، فدفعَه ولدُه الصَّغيرُ المحجورُ عليه إلى غيره بطريق العارية،

---

(١) «قيد الشرائد»: البيت الأول: ٩٧٤، والبيت الثاني شطرُه الأول رقم: ٩٧٨، وشطرُه الثاني البيت: ٩٧٣ كما نبَّه عليه المحشي: ص٢٣٠.

(٢) «قيد الشرائد»: البيت: ٩٧٣: ص٢٣٠.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٤٠.

فضاعَ؛ يَضمنُ الصَّبيُّ الدَّافعُ، وكذا المدفوعُ إليه. «تاترخانيَّة» عن «المحيط»[1].

رجلٌ استعارَ كتاباً، فضاعَ، فجاءَ صاحبُه وطالَبه، فلم يُخبرْ بالضَّياع ووعدَه بالردِّ، ثم أخبرَه بالضَّياع، قال في بعض المواضع: إن لم يكن آيساً من رجوعِه فلا ضمانَ عليه، وإن كان آيساً ضَمِنَ، لكن هذا خلافُ ظاهر الرِّواية، قال في الكتاب: يَضمنُ؛ لأنَّه متناقضٌ. «ولوالجيَّة»[2]. وفيها: دخلَ بيتَه بإذنه، فأخذَ إناءً لِيَنظرَ إليه فوقعَ؛ لا يَضمنُ ولو أخذه بلا إذنه، بخلافِ ما لو دخلَ سوقاً يباعُ فيه الإناءُ يَضمنُ. اهـ.

جاءَ رجلٌ إلى مستعيرٍ وقال: "إنِّي استعرتُ دابَّةً عند حُرٍّ من ربِّها فلانٍ"، فأمرني بقبضِها، فصدَّقَه ودفعَها، ثم أنكرَ المعيرُ أمرَه؛ ضمنَ المستعيرُ ولا يرجعُ على القابض. فلو كذَّبَه، أو لم يُصدِّقْه، أو شرطَ عليه الضَّمانَ؛ فإنَّه يَرجعُ، قال: وكلُّ تصرُّفٍ هو سببٌ للضَّمان لو ادَّعى المستعيرُ أنَّه فعلَه بإذن المعير وكذَّبَه المعيرُ؛ ضمنَ المستعيرُ ما لم يبرهنْ. «فصولين»[3].

وفيه: استعارَهُ وبعثَ قنَّه ليأتيَ به، فركبَه قِنُّه، فهلكَ به؛ ضمنَ القنَّ ويباعُ فيه حالاً، بخلاف قنٍّ محجورٍ أتلفَ وديعةً قَبِلَها بلا إذن مولاهُ. اهـ[4].

لو ذهبَ إلى مكانٍ غير المسمَّى؛ ضَمنَ ولو أقربَ منه، وكذا لو أمسَكَها في بيته ولم يذهبْ إلى المسمَّى ضَمِنَ؛ لأنَّه أعارها للذَّهاب لا للإمساك في البيت[5].

(١) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٧٠، «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٩٩.

(٢) «الفتاوى الولوالجية»: ٣/ ٢٠.

(٣) «جامع الفصولين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٢/ ١١١ عن «التجريد».

(٤) «جامع الفصولين»: ٢/ ١١١ عن الإمام خواهر زاده.

(٥) هذه المسألة منقولة عن «شرح مختصر الطحاوي».

....

يقول الحقيرُ: يردُ على المسألتين إشكالٌ، وهو أنَّ المخالفةَ فيهما إلى خيرٍ لا إلى شرٍّ، فكان الظَّاهرُ أن لا يضمنَ فيهما، ولعلَّ في المسألة الثَّانية روايتينِ؛ إذ قد ذكرَ في «التجريد»: لو استأجرَ قدُوماً لكسرِ الحطب، فوضعَه في بيته فتلفَ بلا تقصيرٍ، قيل[1]: [يضمنُ]، وقيل: لا، والمكثُ المعتادُ عفوٌ. «نور العين»[2].

استعارَ دابَّةً غداً إلى اللَّيل، فأجابَه صاحبُ الدابَّة بـ"نعم"، ثمَّ استعارَها غداً آخرُ إلى اللَّيل فأجابَ بـ"نعم"؛ فإنَّ الحقَّ يكون للسَّابق منهما، وإن استعارا معاً؛ فهي لهما جميعاً. «هنديَّة» عن «خزانة الفتاوى»[3].

وفيها: استعارَ دابَّةً ليَحملَ عليها حنطةً، فبعثَ المستعيرُ الدَّابَّةَ مع وكيله ليحملَ عليها حنطةً، فحملَ وكيلُه طعاماً لنفسه؛ لم يضمنْ. نصَّ عليه في كتاب الشِّركة. وهذا عجيبٌ. هكذا في «الصغرى»[4].

ولو أدخلَ المستعيرُ الحملَ في بيته وتركَ الدَّابَّةَ المستعارةَ في السِّكَّة فهلكتْ؛ فهو ضامنٌ، سواءٌ رَبطَها أو لم يربِطْها؛ لأنَّه لَمَّا غيَّبَها عن بصره فقد ضيَّعَها، حتَّى لو تُصوِّرَ أنَّه إذا دخلَ المسجدَ أو البيتَ والدَّابَّةُ لا تغيبُ عن بصره لا يجب الضَّمانُ، وعليه الفتوى. كذا في «خزانة المفتين»[5].

لو كان يُصلِّي في الصَّحراء، فنزلَ عن الدَّابَّة وأمسكَها، فانفلتت منهْ؛ فلا ضمانَ عليه،

(١) في هامش بولاق: (قوله: قيل... إلخ، كذا بالأصل، ولعل الصواب: قيل يضمن وقيل... إلخ. اهـ مصححه). قلت: وكذا في «نور العين».

(٢) «نور العين»: الفصل الثاني والثلاثون: ٣/ ١٤٩.

(٣) «خزانة الفتاوى»: ق٢٠٥/ ب فيض الله، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٤.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٥.

(٥) «خزانة المفتين»: ج٢/ ق٢٤٠/ ب محمد عاصم.

....

وهذه المسألةُ دليلٌ على أنَّ المعتبرَ أن لا يُغيِّبَها عن بصره. كذا في «الظَّهيريَّة».

رجلٌ استعارَ دابَّةً ليُشيِّعَ جنازةً إلى موضع كذا، فلمَّا انتهى إلى المقبرة دَفعَها إلى إنسانٍ ودخلَ ليصلِّي، فسُرقت الدابَّةُ، قال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يكون ضامناً. كذا في «فتاوى قاضيخان»[1]. وصارَ الحفظُ بنفسه في هذا الوقت يُستثنى عن العقد. كذا في «التَّاترخانيَّة»[2].

قال: "أعرتُ دابَّتي أو ثوبي هذا لفلانٍ"، ولم يكن حاضراً ولم يَسمعْ، فجاءَ وذهبَ به؛ يَضمنُ، إلا إذا سمعَ هو أو رسولُه أو أخبرَه فضوليٌّ قد سمعَ، قال: ينبغي أن لا يَضمنَ إن كان عدلاً عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ. كذا في «التَّاترخانيَّة».

ولو زلقَ الرَّجلُ في السَّراويل، فتخرَّقَ؛ لم يضمنْ. كذا في «الينابيع».

وفي «فتاوى إلدِّيناريِّ»: إذا انتقصَ عينُ المستعار في حال الاستعمال لا يجب الضَّمانُ بسبب النُّقصان إذا استعملَه استعمالاً معهوداً. كذا في «الفصول العماديَّة»[3].

ولو استعارَ ثوباً ليبسطَه، فوقعَ عليه من يده شيء، أو عثرَ فوقعَ عليه فتخرَّقَ؛ لا يكون ضامناً. كذا في «فتاوى قاضي خان»[4].

رجلٌ استعارَ من امرأةٍ شيئاً مما كان ملكَ الزَّوج، فأعارتْ، فهلكَ: إن كان شيئاً في داخل البيت وما يكون في أيديهنَّ عادةً لا ضمانَ على أحدٍ، أمَّا في الثَّور والفرسِ؛ فيضمنُ المستعيرُ والمرأةُ. كذا في «الخلاصة». إذا وضعَ العاريةَ ثمَّ قامَ وتركَها ناسياً فضاعتْ؛ ضمنَ. كذا في «السِّراجيَّة»[5].

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٤٩.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٦.

(٣) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٥٤/ آ فيض الله.

(٤) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٥٢.

(٥) «الفتاوى السراجية»: ص٣٦٥.

....

رجلٌ دخلَ الحمَّامَ، فسقطتْ قصعةُ الحمَّام من يده وانكسرتْ في الحمَّام، أو انكسرَ كوزُ الفقاعي من يده، قال أبو بكر البلخيُّ: لا يكون ضامناً. قيل: هذا إذا لم يكن من سوءِ إمساكه، فإن كان من سوء إمساكه؛ يكون ضامناً. كذا في «فتاوى قاضي خان»(١).

أعارَ فارساً أو سيفاً ليُقاتِلَ فتلفَ؛ لا يَضمنُ. كذا في «التَّاترخانيَّة»(٢).

استعارَ فأساً وضربَه في الحطب ويبستْ في الحطب، فأتى بفأسٍ ثانيةٍ وضربَ رأسَ تلك الفأس فانكسرَ؛ يَضمنُ. كذا في «القنية». وبه أفتى القاضي جمالُ الدِّين، وقال القاضي بديعُ الدِّين: إن كان الضَّربُ معتاداً فلا. كذا في «التَّاترخانيَّة»(٣).

وإذا طلبَ المعيرُ العاريةَ، فمنعَها المستعيرُ عنه؛ فهو ضامنٌ، وإن لم يمنَعْها ولكن قال لصاحبها: دَعْها عندي إلى غدٍ ثم أردُّها عليك، فرضيَ بذلك ثمَّ ضاعتْ؛ لا ضمانَ عليه. كذا في «المحيط»(٤).

طلبَها فقال: "نعم أدفعُ"، ومضى شهرٌ حتَّى هلكتْ: إن كان عاجزاً وقتَ الطَّلب عن الردِّ لا يضمنُ، وإن كان قادراً: إن صرَّحَ المعيرُ بالكراهة والسُّخْط في الإمساك وأمسكَ يَضمنُ، وكذا إن سكتَ، وإن صرَّحَ بالرِّضى بأن قال: "لا بأس"؛ لا يَضمنُ. وإن لم يطلبْ وهو لم يردَّها حتَّى ضاعتْ: إن كانت العاريةُ مطلقةً لا يضمنُ، وإن قيَّدَها بوقتٍ ومضى الوقتُ ولم يردَّها؛ ضمنَ(٥). وقد مرَّ ذلك.

وفي «المنتقى»: رجلٌ قال لغيره: "أعِرْتَني هذه الدَّارَ، أو هذه الأرضَ لأبنيَها أو أغرسَ

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٥٠.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٩٦.

(٣) «الفتاوى التاترخانية»: ١٦/ ٩٧، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٨- ٣٦٩. والعبارة في «التاترخانية» بالفارسية.

(٤) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٦٢.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧١.

فيها ما بدا من النَّخل والشَّجر، فغرستُها هذا النَّخيلَ وبنيتُها هذا البناءَ"، وقال المعيرُ: "أعرتُكَ الدَّارَ والأرضَ وفيها هذا البناءُ والغراسُ"؛ فالقولُ قولُ المعير، وإن أقاما البيِّنَةَ؛ فالبيِّنةُ بيِّنةُ المعير أيضاً. كذا في «المحيط»[1].

رجلانِ يسكنانِ في بيتٍ واحدٍ كل واحدٍ في زاويةٍ، فاستعارَ أحدُهما من صاحبه شيئاً، فطلبَ المعيرُ بالردِّ، فقال المستعيرُ: "وضعتُه في الطَّاق الذي في زاويتكَ"، وأنكرَ المعيرُ، فإن كان البيتُ في أيديهما لا ضمانَ عليه. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»[2].

قال لآخرَ: "خُذْ عبدي واستخدِمْه واستعمِلْه" من غير أن يُعيرَه المدفوعُ إليه؛ فنفقةُ هذا العبد على مولاه. كذا في «الوجيز» للكردريِّ.

وصحَّ التَّكفيلُ بردِّ العارية والمغصوب، ولو توكَّلَ بالردِّ؛ لا يُجبرُ الوكيلُ على النَّقْل إلى منزله، بل يدفعُه إليه حيث يجدُه. كذا في «الكافي».

رجلٌ دخلَ كرمَ صديقٍ له وتناوَلَ شيئاً بغير إذنه: إن علمَ أنَّ صاحبَ الكرم لو عَلِمَ لا يُبالي بهذا أرجو أن لا يكونَ به بأسٌ. كذا في «الخلاصة».

أرادَ أن يستمدَّ من محبرةِ غيره: إنِ استأذَنَه له ذلكَ، وإن عَلِمَ؛ فكذلكَ إن لم ينهَه، وإن لم يفعلْ شيئاً من ذلك: إن كان بينهما انبساطٌ؛ فلا بأسَ به أيضاً وإن لم يكن أحبَّ أن لا يفعلَ ذلك. كذا في «الوجيز» للكردريِّ.

رجلٌ رهنَ عند رجلٍ خاتماً وقال للمرتهن: "تختَّمْ"، فهلكَ الخاتمُ؛ لا يَهلكُ بالدَّين، ويكون الدَّينُ على حاله؛ لأنَّه صار عاريَّةً. ولو تختَّمَ ثمَّ أخرجَ الخاتمَ من أصبعه، ثم هلكَ؛ يَهلكُ بالدَّين؛ لأنَّه عادَ رهناً. قالوا: هذا إذا أمرَه أن يتختَّمَ به في خنصره، فإن أمره

(١) «المحيط البرهاني»: ٥/ ٥٦٨.

(٢) «المحيط الرضوي»: ٥/ ١٤٠.

أن يتختَّمَ به في السَّبَّابة، فهلكَ حالةَ التَّختُّم؛ يهلكُ بالدَّين، ولو أمره بأنَّ يتختَّمَ به في خنصره ويجعلَ الفصَّ من جانب الكفِّ، فجعلَ الفصَّ من الخارج على ظهر الأصبع؛ كان إعارةً، وهو وما لو أمره بأنَّ يتختَّمَ به في الخنصر ولم يأمُرْه أن يجعلَ الفصَّ في جانب الكفِّ سواءٌ، ويكون إعارةً، هو الصَّحيحُ. كذا في «فتاوى قاضي خان»[1].

وفي رهن «الأصل»: لو رهنَ عبداً قيمتُه ألفٌ بألفٍ، ثم استعارَ الرَّاهنُ، ثم ردَّه عليه وقيمتُه خمسُمائةٍ، فهلكَ؛ يَهلكُ بجميع الدَّين تُعتبرُ قيمتُه في الرَّهن يوم القبض الأوَّل، ولو كان مكانَه غصبٌ؛ فعلى الغاصب قيمتُه حين غصبَ ثانياً. كذا في «الفصول العماديَّة»[2].

استعارَ منشاراً، فانكسرَ في النَّشر نصفينِ، فدفعَه إلى الحدَّاد، فوصلَه بغير إذن المعير؛ يَنقطعُ حقُّه، وعلى المستعير قيمتُه مُنكسراً، وكذا الغاصبُ إذا غَصبَه منكسراً. كذا في «القنية» في كتاب الغصب. انتهى «هنديَّة»[3]. وفيها: ولو استعارَ فرساً ليركَبَها إلى موضعِ كذا، فركبَها وأردفَ معه آخرَ، فأسقطتْ جنيناً؛ فلا ضمانَ عليه في الجنين، ولكن إن انتقصتِ الأمُّ بسبب ذلك؛ فعليه نصفُ النُّقصان. وهذا إذا كان الفرسُ بحالٍ يمكن أن يركَبَه اثنانِ، وأمَّا إذا كان لا يمكنُ؛ فهو إتلافٌ، فيَضمنُ جميعَ النُّقصان. كذا في «العماديَّة»[4]. اهـ[5].

وفي «الهندية» من الباب الثَّاني: استعارَ دابَّةً ليركبَها بنفسه، فركبَها وأردفَ غيرَه فعطبتْ؛ يضمنُ نصفَ القيمة. كذا في «غاية البيان». هذا إذا أردفَ رجلاً، فإن أردفَ صبيّاً؛ يضمنُ قدرَ الثِّقل. هذا إذا كانت الدَّابَّةُ تُطيقُ حملهما، فإن كانتْ لا تطيقُ؛ يُضمنُ

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ٣٥٢.

(٢) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٥٥/ آ فيض الله.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٣- ٣٧٤.

(٤) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٥١/ ب فيض الله.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٦.

جميعَ القيمة. كذا في «شرح الجامع الصغير» لقاضي خان. اهـ[1].

استعارَ محملاً أو فُسطاطًا وهو في المصر، فسافرَ به؛ لم يضمنْ، ولو سافرَ بسيفٍ استعارَه للضَّرب أو عمامةً استعارها للتَّعميم ضمنَ[2]. والفرقُ: أنَّ المحملَ كالفسطاط يُستعملُ خارجَ المصر عادةً، فيكون إعارَتُهما إذنًا للسَّفَر بهما، بخلاف السَّيف والعمامة، لكن على قياس مسألة الإخراج بالثَّوب بأن استعارَ ثوبًا ودابَّةً حتَّى وقعَ على الاستعمال في المصر، ثمَّ خرجَ بهما عن المصر، فإن استعملهما ضمنَ، إن لم يستعمِلْهما؛ ففي الثوب لم يضمنْ؛ لأنَّه حافظٌ له خارجَ المصر كما في المصر، وضمنَ في الدَّابَّة؛ لأنَّها بمجرَّد الخروج تصيرُ عرضةً للتَّلَف، فيكون إخراجُها تضييعًا لها معنًى كما في «الفصولين». ينبغي أن لا يضمنَ بهما ـ أي: المحمل والفسطاط ـ أيضًا، وعلى قياس مسألتهما ينبغي أن يلزَمَه الضَّمانُ في الثَّوب أيضًا كما في إخراج دابَّة العارية. قال في «الذَّخيرة»: ويجوز أن يُفرَّقَ بينهما وبين مسألة الثَّوب بالتَّأمُّل. فليتأمَّلْ فيه. أنقروي. إنَّ المستأجِرَ والمستعيرَ لو خالفَ ثم عادَ إلى الوِفاق؛ لا يبرأُ عن الضَّمان على ما عليه الفتوى. «فصولين». واللهُ تعالى أعلمُ، وأستغفرُ اللهَ العظيمَ.

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٤.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٦٩ عن «جواهر الفتاوى».

كِتَابُ الهِبَةِ

(كِتَابُ الهِبَةِ)

وجهُ المناسبة ظاهرٌ. (هِيَ) لغةً: التَّفضُّلُ على الغير ولو غيرَ مالٍ......................

(كِتَابُ الهِبَةِ)

قال ط: هي من صفات الكمال، فإنَّ الله تعالى وصفَ بها نفسَه بقوله عزَّ وجلَّ: ﴿أَمْ عِندَهُمْ خَزَآئِنُ رَحْمَةِ رَبِّكَ ٱلْعَزِيزِ ٱلْوَهَّابِ﴾ [ص: ٩]، والبشرُ إذا باشَرَها فقد اكتسبَ من أشرف الصِّفات لِمَا فيها من استعمال الكرم، وإزالةِ شحِّ النَّفْس، وإدخالِ السُّرور في قلب الموهوب له، وإيراثِ المحبَّة والمودَّة بينهما، وإزالةِ الضَّغينة والحسد، ولهذا من باشَرَها كان من المفلحين، قال تعالى: ﴿وَمَن يُوقَ شُحَّ نَفْسِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْمُفْلِحُونَ﴾ [الحشر: ٩]. اهـ «تبيين»[(١)]. قال الشُّمني: هي الأصل مصدرٌ محذوفُ الأوَّل معوَّض هاء التَّأنيث، وأصلُها: وَهْبٌ بتسكين الهاء وتحريكها. اهـ مكي. علة كعدة. عيني[(٢)]. ويتعدَّى الفعل بنفسه وباللَّام وبـ"مِنْ" كما في أحاديث كثيرةٍ، خلافاً للمطرِّزيِّ في أنَّه خطأٌ، وللتَّفتازانيِّ في أنَّه عبارةُ الفقهاء. اهـ قهستاني[(٣)]. قال المولى عبدُ الحليم: يقال: وَهَبَ مالاً وَهْباً وهِبَةً ومَوْهِبَةً، والهبةُ قد تطلقُ على الموهوب.

(قوله: **وَجْهُ الْمُنَاسَبَةِ ظَاهِرٌ**) هو أنَّ كلاًّ منهما تمليكٌ بلا عِوَضٍ، ووجهُ تأخير الهبة عن العارية هو أنَّها تمليكُ عينٍ ومنفعةٍ بلا عوضٍ، والعاريةُ تمليكُ المنفعة بلا عِوَضٍ، فكانت العاريةُ كالمفرد، والهبةُ كالمركَّب، والمفردُ مُقدَّمٌ على المركَّب طبعاً، فقدِّمَ وضعاً.

(قوله: **هِيَ لُغَةً: التَّفَضُّلُ عَلَى الغَيْرِ**) أي: بما يُنتفعُ به مطلقاً.

(قوله: **وَلَوْ غَيْرَ مَالٍ**) قال الرَّاغبُ: الهبةُ: أن تجعلَ مِلكَك لغيرك بغير عِوَضٍ، قال

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩١.

(٢) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨٤.

(٣) «جامع الرموز»: ص٤٢٨، «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٢.

وشرعاً: (تَمْلِيكُ العَيْنِ مَجَّاناً) أي: بلا عِوضٍ، ....

عزَّ وجلَّ: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُۥٓ إِسْحَٰقَ وَيَعْقُوبَ﴾[الأنعام: ٨٤]. اهـ[1]. وقال تعالى: ﴿فَهَبْ لِى مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا﴾[مريم: ٥]، وقال تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ﴾[الشورى: ٤٩]، والأَوْلى أن يقول: ولو بغير مالٍ.

(قوله: تَمْلِيكُ العَيْنِ مَجَّاناً) هذا الحدُّ غيرُ مانعٍ؛ إذ يَصدقُ على الوصيَّة، فإنَّها تمليكُ العين بلا عِوَضٍ، والصَّدقةِ وغيرهما، اللهمَّ إلا أن يقال: إنَّ المصنِّفَ جرى على طريقة المتقدِّمين من جواز التَّعريف بالأعمِّ والأخصِّ. اهـ سريُّ الدِّين عن «المجتبى». وزاد ابنُ الكمال قولَه: للحال لإخراج الوصيَّة[2]، وخرجَ الإباحةُ، والعاريةُ، والإجارةُ، والبيعُ، وهبةُ الدَّين ممن عليه، فإنَّه إسقاطٌ وإن كان بلفظ الهبة. «منح».

(قوله: أَيْ: بِلَا عِوَضٍ) أي: بلا شرطِ عِوَضٍ على حذف مضافٍ، لكن هذا يظهرُ لو قال: بلا عِوَضٍ كما في «الكنز»[3]؛ لأنَّ معنى (مجَّاناً): عدمُ العِوض، لا عدمُ اشتراطه. على أنَّه اعترضَه الحمويُّ ـ كما في أبي السعود ـ: بأنَّ قولَه: بلا عوضٍ نصٌّ في اشتراط عدمِ العوض، والهبةُ بشرط العِوَض نقيضُه، فكيف يَجتمعانِ؟! اهـ[4]. أي: فلا يتمُّ المرادُ بما ارتكبه، وهو شمولُ التَّعريف للهبة بشرط العِوَض؛ لأنَّه يلزمُ خروجُها عن التَّعريف حينئذٍ كما نبَّه عليه في «العزمية» أيضاً.

قلتُ: والتَّحقيقُ: أنَّه إن جُعلتِ الباءُ للملابسة متعلِّقةً بمحذوفٍ حالاً من (تمليك)؛

---

(١) «مفردات غريب القرآن»: ص٨٨٤.

(٢) «الإيضاح»: ٢/ ٢٩٦.

(٣) «كنز الدقائق»: ص٥٣٦.

(٤) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٨٨/ آ شهيد علي باشا، «فتح المعين»: ٣/ ٢١٥.

لا أنَّ عدمَ العِوَض شرطٌ فيه، وأمَّا تمليكُ الدَّيْن من غيرِ مَنْ عليه الدَّينُ؛ ....

لَزِمَ ما ذكرَ، أمَّا لو جعلَ المحذوفُ خبراً بعد خبرٍ، أي: هي كائنةٌ بلا شرطٍ عوضٌ على معنى: أنَّ العِوَضَ فيها غيرُ مشروطٍ، بخلاف البيع والإجارة، فلا يَردُ ما ذُكرَ. فتدبَّرْ.

(قوله: **لا أَنَّ عَدَمَ العِوَضِ شَرْطٌ فِيهِ**) وإلا لَمَا شملَ الهبةَ بشرط العوض، والحاصلُ: أنَّ المعتبرَ في الهبة تمليكُ العين، سواءٌ كان بعِوَضٍ أو بلا عِوضٍ؛ لِمَا سيأتي من أنَّ الهبةَ بشرط العِوَض صحيحةٌ، فليس عدمُ العِوض شرطاً في تحقُّقها، فمعناهُ: إنَّ الهبةَ تتحقَّقُ ولا يُشترطُ فيها العوضُ، وليس عدمُ العوض شرطاً، فإنَّه يَقتضي أنَّها لا تتحقَّقُ مع العوضِ، وليس كذلكَ. وقد فرَّقوا بين الوجود بلا شرطِ شيءٍ وبين الوجود بشرطِ لا شيءٍ: بأنَّ الأوَّلَ أعمُّ من الثَّاني، وعليه فإنَّ العوضَ لا يُشترطُ في تعريفها، بل قد تكون بعِوَضٍ كما إذا شرطَه، وقد تكون بلا عِوضٍ، فمعنى قوله: بلا عوضٍ أي: ليس العوضُ من لازمها ومطَّرداً فيها، بخلاف البيع، فإنَّه لا بُدَّ فيه من العوض، حتَّى لو باعَه بلا عِوضٍ فَسَدَ، ولو أسقطَ هذا النَّفيَ؛ لكان تعريفاً للهبة من كلِّ وجهٍ، وهي الهبةُ بلا عِوَضٍ مشروطٌ، ويكون معنى قوله: بلا عوضٍ أي: بلا شرطِ عوضٍ، سواءٌ عوَّضَه من تلقاء نفسه أو لا، أمَّا الهبةُ بشرط العِوَض؛ فهي هبةٌ ابتداءً بيعٌ انتهاءً كما سيأتي بيانُه، وهذا كلُّه على جعل الباءِ للملابسة... إلخ.

(قوله: **وَأَمَّا تَمْلِيكُ الدَّيْنِ... إلخ**) هذا جوابٌ عن سؤالٍ مقدَّرٍ، وهو: إنَّ تقييدَه بالعين مُخرجٌ لتمليك الدَّين من غير مَنْ عليه، مع أنَّه هبةٌ إذا أمره بقبضه، فيَخرجُ عن التَّعريف. فأجابَ: بأنَّه يكون عيناً مآلاً، فالمرادُ بالعين في التَّعريف: ما كان عيناً حالاً أو مآلاً، وهو خارجٌ عن القياس؛ إذ الهبةُ لا تصحُّ إلا في الملك، والعينُ غيرُ مملوكةٍ له وقتَ

الهبة، وهو نظيرُ الحمل، ولا يصحُّ هبتُه مع أنَّه سيصيرُ عيناً مملوكةً. وقد يُفرَّقُ: بأنَّ تمامَ الحمل غيرُ متحقِّقٍ؛ إذ هو متوقِّفٌ على إتمام الله تعالى له وفصلِه عن أمِّه، والعبدُ لا يَقدرُ عليه، والدَّينُ ثابتٌ في ذمَّة المديون مأمورٌ بدفعه لربِّه، وصاحبُه قادرٌ على قبضه شرعاً، فيقدرُ على تسليمه. قال بعضُ الفضلاء: ولهذا لا يلزمُ إلا إذا قبَض، وله الرُّجوعُ قبله، فله منعُه حيث كان بحُكم النِّيابة عن القبض، وعليه تَبتني مسألةُ موت الواهب قبل قبض الموهوب له في هذه. فتأمَّل. بقيَ: هل الإذنُ يتوقَّفُ على المجلس؟ الظَّاهرُ: نعم. فليراجَعْ. ولا تردُ هبةُ الدَّين ممن عليه؛ لأنَّها مجازٌ عن الإسقاط، والفردُ المجازيُّ لا يَنقضُ. واللهُ سبحانه أعلمُ.

قال في «البحر» عن «المحيط»: ولو وهبَ دَيْناً له على رجلٍ، وأمرَه أن يقبِضَه فقبضه؛ جازتِ الهبةُ استحساناً، فيَصيرُ قابضاً للواهب بحكم النِّيابة، ثمَّ يَصيرُ قابضاً لنفسه بحكم الهبة، وإن لم يأذنْ بالقبض لم يَجُزْ. اهـ[1]. وفي أبي السُّعود عن الحمويِّ: ومنه يُعلمُ أنَّ تصييرَ معلومه المتجمِّد للغير بعد فراغه له غيرُ صحيحٍ ما لم يأذَنْه بالقبض، وهي واقعةُ الفتوى[2]. لكن قال في «الأشباه»: تصحُّ ويكون وكيلاً قابضاً للموكِّل ثمَّ لنفسه، ومقتضاهُ: أنَّ له عزلَه عن التَّسليط قبل قبضه. اهـ[3]. وهل منه ما تُعورِفَ في زماننا من بيع أوراق الجامكيَّة؟ وكذا أوراقُ الكميالي والقنصليد إلى غريمه، أو إلى غيره، أو لمن عليه أموالٌ أميريَّةٌ، أو لغيره فإنَّه غيرُ مديونٍ لمعيَّنٍ، ولعدم تعيُّنِه لقضاء الجامكيَّة قال المصنِّفُ

---

(١) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٤٩٤، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٤.

(٢) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٨٧/ ب شهيد علي باشا، «فتح المعين»: ٣/ ٢١٦.

(٣) «الأشباه والنظائر»: ص٣٠٩.

فإنْ أمرَه بقبضِه صحَّتْ؛ لرُجُوعها إلى هبة العين. (وَسَبَبُهَا: إِرَادَةُ الخَيْرِ لِلْوَاهِبِ) دنيويّ

في «فتاواه»: سُئلَ عن بيع الجامكيَّة، وهو أن يكون لرجلٍ جامكيَّةٌ في بيت المال ويحتاجُ إلى دراهمَ معجَّلةٍ قبل أن تخرجَ الجامكيَّةُ، فيقول له رجلٌ: "بِعْني جامكيَّتَك التي قدرُها بكذا أنقصَ من حقِّه في الجامكيَّة"، فيقول له: "بِعْتُك"، فهل البيعُ المذكورُ صحيحٌ أم لا لكونه بيعَ الدَّين بنقدٍ؟ أجابَ: إذا باعَ الدَّينَ من غير مَنْ هو عليه كما ذُكرَ لا يصحُّ، قال مولانا في «فوائده»: وبيعُ الدَّين لا يجوزُ، ولو باعَه من المديون أو وَهبَه جازَ. اهـ.

أقول: وكان الأَوْلى للشَّارح أن يقول: ولا يردُ تمليكُ الدَّين، وقد أمرَ بقبضه؛ لرجوعه إلى تمليك العين بسبب الأمر بقبضه.

(قوله: فَإِنْ أَمَرَهُ بِقَبْضِهِ صَحَّتْ) ويكون وكيلاً قابضاً للموكِّل ثمَّ لنفسه كما تقدَّم. قال في «الحاوي القدسي»: فإن قال: الدَّينُ الذي لي على زيدٍ هو لعمرٍو، ولم يُسلِّطْه على القبض، ولكن قال: واسمي في كتاب الدَّين عاريةٌ؛ صحَّ، ولو لم يقل هذا لا يصحُّ[1]. وفي «البزَّازيَّة»: المرأةُ وهبتْ مهرَها الذي على زوجها لابنها الصَّغير من هذا الزَّوج: إن أمرتْ بالقبض صحَّتْ، وإلا لا؛ لأنَّه هبةُ الدَّين من غير مَنْ عليه الدَّينُ[2]. ذكره الحمويُّ[3].

(قوله: إِرَادَةُ الخَيْرِ لِلْوَاهِبِ) يقصدُ بها دفعَ شرِّ الموهوب له، وقد يرادُ به الخيرُ للموهوب له.

(قوله: دُنْيَوِيٌّ) بضم الدال وكسرها كما هما في: دُنيا.

(١) «الحاوي القدسي»: كتاب الإقرار: ٢/ ٢٣١.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٤.

(٣) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٨٩/ ب شهيد علي باشا.

كعِوضٍ ومحبَّةٍ وحسنِ ثناءٍ، وأخرويّ، قال الإمامُ أبو منصورٍ: يجبُ على المؤمن أن

(قوله: كَعِوَضٍ) يشملُ المالَ والمنفعةَ والدُّعاءَ؛ لِمَا ورد في الحديث: «مَنْ أَسْدَى إِلَيْكُمْ مَعْرُوفاً فَكَافِئُوهُ، فَإِنْ لَمْ تَقْدِرُوا فَادْعُوا لَهُ»(١)، فكان الدُّعاءُ عِوَضاً عن العجز.

(قوله: وَمَحَبَّةٍ) أي: من الموهوب له للواهب؛ لِمَا ورد في الحديث: «تَهَادَوْا تَحَابُّوا»(٢)، ولأن القلوبَ جُبلتْ على حُبِّ من أحسنَ إليها، بل الفعلُ الجميلُ محبَّبٌ حتَّى لغير مَنْ وصلَ إليه الجميلُ عند النُّفوس الكريمة.

(قوله: وَحُسْنِ ثَنَاءٍ) لأنَّ الواهبَ يُوصفُ بالجود ومكارم الأخلاق، ويَنتفي عنه سِيمةُ البُخْل بالجود الذي هو دواءُ الدَّاءات.

(قوله: وَأُخْرَوِيٍّ) أي: وهو الثَّوابُ إن حَسُنت النيَّةُ، وحَذفَه للعلم به، وصرَّحَ به في «شرح الملتقى»، فقال: أو الأخرويُّ كالنَّعيم المقيم(٣)، ولأنَّ منه امتثالَ أمر الله تعالى في قوله: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾[المائدة: ٢]، وأمرَ النبيِّ في قوله: «تَهَادَوْا»، واتِّباعا للسُّنَّة لِمَا كان عليه النبيُّ وأصحابُه من التَّهادي وإيثار الإخوان على النَّفْس، وهو واجبٌ على المؤمن أن يفعَلَه ويعلِّمَه ولدَه؛ لِمَا نقله الشَّارحُ عن الإمام أبي منصورٍ، وفاعلُ الواجب يثابُ في الآخرة.

(قوله: قَالَ الإِمَامُ أَبُو مَنْصُورٍ) بيانٌ للأخرويِّ.

(قوله: يَجِبُ عَلَى الْمُؤْمِنِ) الذي تُفيدُه هذه العبارةُ: أنَّ هذا التَّعليمَ فرضُ عينٍ.

(١) رواه أبو داود: ١٦٧٢، والنسائي: ٢٥٦٧ من حديث ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا.

(٢) تقدم تخريجه: ١٤/ ٥٤٩.

(٣) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٥٢ (بهامش مجمع الأنهر).

يعلِّمَ ولدهَ الجودَ والإحسانَ، كما يجبُ عليه أن يُعلِّمَه التَّوحيدَ والإيمانَ؛ ....

ط[1]. قال بعضُ الحكماء: أصلُ المحاسن كلِّها الكرمُ، وأصلُ الكرم نزاهةُ النَّفس عن الحرام، وسخاؤها بما ملكتْ على الخاصِّ والعامِّ، وجميعُ خصال الخير من فروعه، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «تَجَافَوْا عَنْ ذَنْبِ السَّخِيِّ، فَإِنَّ اللهَ آخِذٌ بِيَدِهِ كُلَّمَا عَثَرَ، وَفَاتِحٌ لَهُ كُلَّمَا افْتَقَرَ»[2]، وعن جابر بن عبد الله قال: ما سُئِلَ رسولُ الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شيئًا فقال: لا[3]، وعنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «السَّخِيُّ قَرِيبٌ مِنَ اللهِ قَرِيبٌ مِنَ النَّاسِ قَرِيبٌ مِنَ الجَنَّةِ، وَالبَخِيلُ بَعِيدٌ مِنَ اللهِ بَعِيدٌ مِنَ النَّاسِ بَعِيدٌ مِنَ الجَنَّةِ قَرِيبٌ مِنَ النَّارِ»[4]، وقال بعضُ السَّلَف: منعُ الجود سوءُ ظنٍّ بالمعبود، وتلا: ﴿وَمَآ أَنفَقْتُم مِّن شَيْءٍ فَهُوَ يُخْلِفُهُۥ وَهُوَ خَيْرُ ٱلرَّٰزِقِينَ﴾ [سبأ: ٣٩]، وقال عليٌّ كرم اللهُ وجهه: ما جمعتَ من المال فوق قوتك؛ فإنَّما أنت فيه خازنٌ لغيرك. ومما يُحكى في الجود والإيثار: ما روي عن حذيفةَ العدويِّ أنَّه قال: انطلقتُ يومَ اليرموك أطلبُ ابنَ عمٍّ لي في القتلى ومعي شيءٌ من الماء وأنا أقول: إن كان به رَمَقٌ سقيتُه، فإذا أنا به بين القتلى، فقلتُ: أسقيكَ؟ فأشارَ إليَ: أن نعم، فإذا برجلٍ يقول: آه، فأشارَ إليَّ ابنُ عمِّي: أن انطلقْ إليه، فإذا هو هشامُ بنُ العاص، فقلتُ: أسقيكَ؟ فأشارَ إليَّ: أن نعم، فسمعَ آخرَ يقول: آه، فأشارَ إليَّ: أن انطلقْ إليه، فجِئتُه فإذا هو قد ماتَ، فرجعتُ إلى هشام فإذا هو قد ماتَ، فرجعتُ إلى ابن عمِّي فإذا هو قد ماتَ رحمهم الله تعالى.

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٢.

(٢) رواه الطبراني في «الأوسط»: ٥٧١٠ من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مرفوعًا: «تجافوا عن ذنب السَّخيِّ، فإنَّ الله آخِذٌ بيديه كلَّما عثَرَ». وفيه مجاهيل. انظر: «مجمع الزوائد»: ٦/ ٢٨٢.

(٣) رواه البخاري: ٦٠٣٤، ومسلم: ٢٣١١.

(٤) رواه الترمذي: ١٩٦١ واستغربه من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

إذ حُبُّ الدُّنيا رأسُ كلِّ خطيئةٍ. «نهاية»(١). وهي مندوبةٌ، وقَبولُها سُنَّةٌ، قال صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَهَادَوْا تَحَابُّوا» ....

(قوله: إِذْ حُبُّ الدُّنْيَا... إلخ) علَّةٌ لمحذوفٍ تقديرُه: ولا يتركه من غير تعليمِ ما ذُكرَ، فيشبَّ على حبِّ الدُّنيا، وهو مذمومٌ؛ إذ هو رأسُ كلِّ خطيئةٍ، أي: فبهذا التَّعليم يَخلصُ من هذه الآفة.

(قوله: وَهِيَ) أي: الهبةُ. (قوله: وَقَبُولُهَا سُنَّةٌ) أي: إلا لعارضٍ، كأن علمَ أنَّه مالٌ حرامٌ، أو أنَّه يمتنُّ عليه بما أهداهُ إليه.

(قوله: «تَهَادَوْا») بفتح الدال، وضمُّها خطأٌ، وبسكون الواو؛ لأنَّه صيغةُ خطابٍ للجماعة من التَّهادي، وأصلُه: تَهادَيُوا؛ لأنَّك تقول: تَهادَى تَهَادِيا تهاديوا، قلبت الواوُ ألفًا لتحرُّكها وانفتاحِ ما قبلها، ثمَّ حذفتْ لالتقاء السَّاكنين، فصارَ: تهادوا كما في مادَّة: تَعالَوْا أصلُه: تعالَيُوا، قال تعالى: ﴿تَعَالَوْاْ إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَآءٍ﴾[آل عمران: ٦٤]، والأصلُ: أنَّ فعلَ الأمر إذا لَحِقَتْه واو الجماعة ينظرُ إلى مضارعه، فإن خُتمَ بألفٍ كيَتَهَادى يفتحُ ما قبل الواو، وإن خُتمَ بياءٍ كيَرْمي أو واوٍ كيدعو يضمُّ ما قبلها.

(قوله: تَحَابُّوا) بتشديد الباء المضمومة، وهو أيضًا صيغةُ خطابٍ للجماعة، وأصلُه: تحابون، ولكن سقطتِ النونُ؛ لأنَّه جوابُ الأمر، وأصلُه: تَحَابَبُوا؛ لأنَّه من التَّحابب من المحبَّة، أدغمتِ الباءُ في الباء، وقال الحاكمُ: تحابُّوا: إمَّا بتشديد الباء من الحبِّ، وإمَّا بالتَّخفيف من المحاباة(٢).

---

(١) «النهاية»: ٩/ ٨٦ ط العلمية.

(٢) «معرفة علوم الحديث»: ص٨٠.

قلتُ: رجَّحَ الأوَّلَ الذي هو المشهورُ: ما أخرجه البيهقيُّ في «شعب الإيمان» عن صفيَّةَ بنتِ حربٍ عن أمِّ حَكِيم بنت وداعٍ أو قال وداعٍ قالت: سمعتُ رسولَ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «تَهَادَوْا يَزِيدُ فِي القَلْبِ حُبّاً»[١]، وفي رواية: «تَهَادَوْا تَحَابُّوا تَذْهَبِ الشَّحْنَاءُ بَيْنَكُمْ»[٢]، وقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الهَدِيَّةُ مُشْتَرَكَةٌ»[٣]، وقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ سَأَلَكُمْ بِاللهِ فَأَعْطُوهُ، وَمَنْ اسْتَعَاذَكُمْ فَأَعِيذُوهُ، وَمَنْ أَهْدَى إِلَيْكُمْ كُرَاعاً فَاقْبَلُوهُ»[٤]، وكان صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقبلُ الهديَّةَ ويُثيبُ عليها ما هو خيرٌ منها[٥]. وفسَّرَ بعضُهم: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء: ٨٦] بالهديَّة، وفي الأمثال: إذا قَدِمتَ من سفركَ فأهْدِ إلى أهلكَ ولو حَجَراً. وقال الفضلُ بن سهلٍ: "ما استُرضي الغضبانُ، ولا استُعطفَ السُّلطانُ، ولا سُلَّت السَّخائمُ، ولا دُفعت المغارمُ، ولا استُميلَ المحبوبُ، ولا تُوقِّي المحذورُ بمثل الهديَّة". وفي كلام بعضهم: يفرحُ بالهديَّة خمسةٌ: المهدي إذا وُفِّقَ للفضل[٦]، والمهدى إليه إذا أُهِّلَ لذلك، والحمَّالُ إذا حملها، والملكانِ إذ يكتبانِ الحسناتِ. كذا في بعض كتب الأدب.

---

(١) رواه البيهقي في «شعب الإيمان»: ٨٥٧١ من حديث أم حكيم بن ذراع أو وداع رَضِيَ اللهُ عَنْهَا.

(٢) رواه الإمام مالك في «الموطأ»: ص١٣٣٤ من حديث عطاء الخراساني مرسلاً.

(٣) قال العجلوني: (لا أصلَ له، لكنَّه بمعنى حديث: من أهديتْ له هديةٌ وعنده قومٌ فهم شركاؤه فيها). انظر: «كشف الخفا»: ٢/ ٣٣٠- ٣٣١.

(٤) رواه الطبراني في «الكبير»: ١٢٤٨٠، وفي «الأوسط»: ٤٠٣١، من حديث ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا. ورجالُه رجالُ الصحيح، ما عدا ليث بن أبي سليمٍ، وهو ثقةٌ لكنَّه مدلسٌ. انظر: «مجمع الزوائد»: ٤/ ١٤٦.

(٥) رواه البخاري: ٢٥٨٥ من حديث عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا.

(٦) في هامش بولاق: (قوله: إذا وفق للفضل... إلخ، هكذا بأصله في المواضع الثلاثة بلفظ إذا الشرطية، ولعله بلفظ إذ التعليلية، ويؤيده قوله في الموضع الرابع: والملكان إذ يكتبان بدون ألف. وليحرر. اهـ مصححه).

(وَشَرَائِطُ صِحَّتِهَا فِي الوَاهِبِ: العَقْلُ، وَالبُلُوغُ، وَالمِلْكُ) ....

(قوله: وَشَرَائِطُ صِحَّتِهَا فِي الوَاهِبِ) قال في «الهندية»: وأمَّا رُكنُها؛ فقولُ الواهب: وهبتُ؛ لأنَّه تمليكٌ، وإنَّما يتمُّ بالمالك وحده، والقبولُ شرطُ ثبوت الملك للموهوب له، حتَّى لو حلفَ: لا يَهبُ، فوهبَ ولم يقبلِ الآخرُ؛ حَنِثَ. كذا في «محيط السرخسيِّ»[1].

وأمَّا شرائطُها؛ فأنواعٌ يرجعُ بعضُها إلى نفس الرُّكن، وبعضُها يَرجعُ إلى الواهب، وبعضُها يَرجعُ إلى الموهوب. أمَّا ما يَرجعُ إلى نفس الرُّكْن؛ فهو أن لا يكون مُعلَّقاً بما له خَطَرُ الوجود والعدم من دخولِ زيدٍ وقدوم خالدٍ ونحو ذلك، ولا مضافاً إلى وقتٍ بأن يقول: وهبتُ هذا الشَّيءَ منك غداً أو رأسَ شهرٍ. كذا في «البدائع»[2].

وأمَّا ما يرجعُ إلى الواهب؛ فهو أن يكون الواهبُ من أهل الهبة، وكونُه من أهلها أن يكون حرّاً عاقلاً بالغاً مالكاً للموهوب، حتَّى لو كان عبداً، أو مُكاتباً، أو مدبَّراً، أو أمَّ ولدٍ، أو مَنْ في رقبته شيءٌ من الرقِّ، أو كان صغيراً، أو مجنوناً، أو لا يكون مالكاً للموهوب؛ لا يصحُّ. هكذا في «النِّهاية»[3]. اهـ[4].

(قوله: العَقْلُ) للحَجْر على المجنون والمعتوه، وعدمِ صحَّة تصرُّف الصَّبيِّ ومَنْ في حكمه، كالمعتوه المأذون، والمرادُ بالعقل ولو حُكماً، فتصحُّ هبةُ السَّكران. قال العلَّامةُ أبو السعود: وإنَّما قلنا: ولو حُكماً؛ ليَشملَ السَّكرانَ[5].

(١) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٤٩٣.

(٢) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١١٨.

(٣) «النهاية»: ٩/ ٨٨ ط العلمية.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٤.

(٥) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٦.

فلا تصحُّ هبةُ صغيرٍ ورقيقٍ ولو مُكاتَبًا. (وَ) شرائطُ صحَّتها (فِي المَوْهُوبِ: ....

(قوله: فَلَا تَصِحُّ هِبَةُ صَغِيرٍ) والأَوْلى ذكرُ المجنونِ.

(قوله: وَرَقِيقٍ) لعدم ملكه.

(قوله: وَلَوْ مُكَاتَبًا) أو مدبَّراً، أو أمَّ ولدٍ، أو مَنْ في رقبته شيءٌ من الرِّقِّ.

(قوله: وَشَرَائِطُ صِحَّتِهَا) أي: بقائها على الصِّحَّة كما سيأتي. قال في «الهندية»: وأمَّا ما يَرجعُ إلى الموهوب؛ فأنواعٌ، منها: أن يكون موجوداً وقتَ الهبة، فلا يجوز هبةُ ما ليس بموجودٍ وقتَ العقد، بأن وهبَ ما تُثمرُ نخيلُه العامَ، وما تلدُ أغنامُه السَّنَة، ونحو ذلك، وكذلك لو وهبَ ما في بطنِ هذه الجارية، أو ما في بطن هذه الشَّاة، أو ما في ضَرعِها وإن سلَّطَه على القبض عند الولادةِ والحلب. وكذلكَ لو وهبَ زبداً في لَبَنٍ، أو دُهناً في سِمْسمٍ، أو دقيقاً في حِنطةٍ؛ لا تجوزُ وإن سلَّطَه على قبضه عند حدوثه؛ لأنَّه معدومٌ للحال، فلم يوجدْ محلُّ حكم العقد، وهو الأصحُّ. هكذا في «جواهر الأخلاطيِّ». إذا وهبَ صوفاً على ظهرِ غنمٍ وجَزَّه وسلَّمَه؛ فإنَّه يجوزُ. ومنها: أن يكون مالاً متقوماً[1]، فلا تجوز هبةُ ما ليس بمالٍ أصلاً، كالحرِّ والميتة والدَّمِ وصيدِ الحَرَم والخنزيرِ وغير ذلك، ولا هبةُ ما ليس بمالٍ مطلقٍ، كأمِّ الولد والمدبَّر والمطلقِ والمكاتَب، ولا هبةُ ما ليس بمالٍ متقوِّمٍ كالخمر. كذا في «البدائع»[2]. ومنها: أن يكون الموهوبُ مقبوضاً، حتَّى لا يثبتُ الملكُ للموهوب له قبل القبض، وأن يكون الموهوبُ مقسوماً إذا كان مما يَحتملُ القسمةَ، وأن يكون الموهوبُ متميِّزاً عن غير الموهوب، ولا يكون متَّصلاً ولا مشغولاً بغير الموهوب، حتَّى لو وهبَ أرضاً فيها زرعٌ للواهب دون الزَّرْع أو عكسه، أو نخلاً فيها ثمرةٌ للواهب

(١) في بولاق: (منقولاً)، والتصحيح من «الهندية»، ويوافقه ما يأتي بعد أسطر.

(٢) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١١٩.

أَنْ يَكُونَ مَقْبُوضًا، غَيْرَ مَشَاعٍ، ....

معلَّقةٌ به دون الثَّمرة أو عكسه؛ لا تجوزُ، وكذا لو وهبَ داراً أو ظرفًا فيها متاعٌ للواهب. كذا في «النِّهاية»[1]. ومنها: أن يكون مملوكًا، فلا تجوز هبةُ المباحات؛ لأنَّ تمليكَ ما ليس بمملوكٍ محالٌ. ومنها: أن يكون مملوكًا للواهب، فلا تجوز هبةُ مالِ الغير بغير إذنه؛ لاستحالة تمليكِ ما ليس بمملوكٍ للواهب. كذا في «البدائع»[2]. وهي نوعان: تمليكٌ وإسقاطٌ، وعليهما الإجماعُ. كذا في «خزانة المفتين»[3].

(قوله: أَنْ يَكُونَ مَقْبُوضًا) فلا يثبتُ الملكُ للموهوب له قبل القبض كما قدَّمْنا. وفي الزيلعيِّ: وأمَّا القبضُ؛ فلا بُدَّ منه لثبوت الملك[4]؛ إذ الجوازُ ثابتٌ قبل القبض بالاتِّفاق. اهـ سري الدِّين. وهذا يُفيدُ أنَّ القبضَ شرطٌ لثبوت الملك لا للصحَّة، خلاف ما يُعطيه كلامُ المصنِّف.

(قوله: غَيْرَ مَشَاعٍ) هذا شرطُ الجواز في مُحتمل القسمةِ لا في غيره كما يأتي، وهذا في الهبة، وأمَّا إذا تصدَّقَ بالكلِّ على اثنينِ؛ فإنَّه يجوزُ على الأصحِّ. «بحر»[5]. أي: بخلافِ ما إذا تصدَّقَ بالبعض على واحدٍ؛ فإنَّه لا يصحُّ كما يأتي آخرَ المتفرِّقات. لكن سيأتي أيضًا: أنَّه لا شُيوعَ في الأولى. قال في «جامع الفصولين»: لو وهبَ من اثنينِ ما يَقبلُ القسمةَ؛ لم يجزْ عند أبي حنيفةَ روايةً واحدةً من غير اختلافٍ على قوله، وفي الصَّدقة اختلفَ المشايخُ على قوله، فقيل: لا يجوزُ، وقيل: فيه روايتانِ: لا يجوزُ على رواية «الأصل»، ويجوزُ على رواية

---

(١) «النهاية»: ٩/ ٨٨ ط العلمية.

(٢) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١١٩.

(٣) «خزانة المفتين»: ج٢/ ق٢٤٥/ آ محمد عاصم، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٤.

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩١.

(٥) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٦.

....

«الجامع الصغير»[1]، وهو الصَّحيحُ. كذا حشى. وفي هد: لو تصدَّقَ بعشرةِ دراهمَ على محتاجينَ يجوزُ، وكذا لو وَهبَها لهما. ولو تصدَّقَ بها على غنيَّيْن أو وهبَها لهما؛ لم يجزْ. وقالا: يجوزُ لغنيَّيْن أيضاً، فرَّقَ بين الصَّدقة والهبة في الحكم، وسوَّى في الأصل، وقال: إذ الشُّيوعُ مانعٌ فيهما؛ لتوقُّفِهما على القبض، والفرقُ: أنَّ الصَّدقةَ يرادُ بها وجهُ الله تعالى، وهو واحدٌ، فلا شُيوعَ، ويرادُ بالهبة وجهُ الغنيِّ، وهما اثنانِ. وقيل: هذا هو الصَّحيحُ، والمرادُ بما ذُكرَ في «الأصل»: التَّصدُّقُ على غنيَّيْن فقط. والأظهرُ: أنَّ في المسألة روايتينِ. بح: قيل: جازَ التَّصدُّقُ على غنيَّيْن؛ لأنَّهما محلُّ صدقة التَّطوُّع. مق: لا يجوزُ. وعند أبي يوسفَ: يجوزُ بشرط المساواة، وعند محمدٍ: يجوزُ في الحالين. اهـ[2]. وفيه: وهبةُ المشاع فيما لا يَحتملُ القسمةَ تجوزُ من شريكه ومن غيره، وفيما يَحتمِلُها لم تجزْ لا من شريكه ولا من أجنبيٍّ، وطُروُّ الشُّيوع لا يُفسدُ الهبةَ بالاتِّفاق. ولو وهبَ الكلَّ من اثنينِ، فإن أجملَ بأن قال: "وهبتُ منكما"؛ لم يجزْ عند أبي حنيفةَ. وعندهما: يجوزُ. ولو فصَّلَ بالتَّنصيف؛ فهو على هذا الخلاف، ولو بالتَّثليث يجوزُ عند محمدٍ، لا عندهما. انتهى[3].

قال الخيرُ الرَّمليُّ: قولُه: وفيما يَحتملُها... إلخ أقول: في «شرح الغزِّي»: وفي الزَّاهد العتَّابيِّ: أنَّها تجوزُ. أقول: وفي «الفتاوى التَّاجيَّة»: إنَّها تجوزُ من شريكه، قال: وهو المختارُ. اهـ. ولا يخفى عليك أنَّه خلافُ المشهور. انتهى كلامُ الغزيِّ[4]. قال المقدسيُّ:

---

(١) «الجامع الصغير»: ص٢٣٨.

(٢) «جامع الفصولين»: الفصل الحادي والثلاثون: ٢/ ٦٣.

(٣) «جامع الفصولين»: الفصل الحادي والثلاثون: ٢/ ٦٢.

(٤) «اللآلئ الدرية»: الفصل الحادي والثلاثون: ٢/ ٦٢ (بهامش جامع الفصولين).

ولو عليه ألفٌ جيِّدةٌ وألفٌ غلَّةٌ[1]، فقال ربُّه: "وهبتُكَ أحدَ المالين"، قال محمدٌ: جازتْ وله البيانُ، وكذا وارثُه من بعده.

وفي «منية المفتي»: قال: "وهبتُ نصيبي من هذه الدَّار"، والموهوبُ له لا يعَلمُ كم نصيبُه؛ صحَّتْ. انتهى. ولعلَّ المتفاحشةَ جهالتُه لا تصحُّ هبتُه، كقوله: "وَهبْتُكَ شيئاً من مالي أو من كذا". وبذا يتَّضحُ ما يأتي من اشتراط كونِ الموهوب معلوماً فيما يتمُّ بمجرَّد العقد.

وفي «الهندية» عن «البحر»: ويُشترطُ في صحَّةِ المشاع الذي لا يَحتملُ القسمةَ أن يكون قَدْراً معلوماً، حتَّى لو وهبَ نصيبَه من عبدٍ ولم يَعلمْ به؛ لم يجزْ[2]، فإن عَلِمَه الموهوبُ له؛ ينبغي أن يجوزَ عند الإمام دونهما[3]. وفيها قبل ذلك: جميعُ ما أملِكُه لفلانٍ؛ يكون هبةً لا تجوزُ بدون القبض[4]. ومرَّ ذلك متناً في الإقرار.

وفي «الفصولين» أيضاً: وَهَبا من واحدٍ داراً؛ جازَ إذا سلَّماه جملةً وقبضَ جملةً، فلا شُيوعَ، ولو وَهبَه واحدٌ من اثنينِ؛ لم يصحَّ عند أبي حنيفةَ، وقالا: يصحُّ؛ لأنَّ هذه هبةُ الجملة منهما لتوحيد التَّمليك، فلا شيوعَ كرهنٍ من رجلينِ. وله: إنَّها هبةُ النِّصف لكلٍّ منهما، وكذا لو فيما لا يُقسمُ فقبِلَ أحدُهما؛ صحَّ، ولأنَّ الملكَ ثبتَ لكلٍّ في النِّصف، فكذا التَّمليكُ؛ لأنَّه حكمَه، فتحقَّقَ الشُّيوعُ، بخلاف الرَّهن. انتهى[5]. وفيه: التَّسليمُ يمكنُ

(١) في هامش بولاق: (قوله: غلة، هكذا بالأصل).

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٦.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٨، والثانية نقلها عن «محيط السرخسي».

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٥.

(٥) «جامع الفصولين»: الفصل الحادي والثلاثون: ٢/ ٦٢ عن «الهداية».

مُمَيَّزاً، غَيْرَ مَشْغُولٍ) كما سيتَّضِحُ. **(وَرُكْنُهَا)** هو **(الإِيجَابُ وَالقَبُولُ)** كما سيجيءُ.

في الشَّائع، وهو رفعُ الموانع عن القبض. اهـ[1]. وسيأتي الكلامُ على أحكام المشاع مفصَّلاً قريباً إن شاء اللهُ تعالى.

(قوله: مُمَيَّزاً غَيْرَ مَشْغُولٍ) هو بمعنى: (غير مشاعٍ)، ولعلَّه أرادَ: مَحُوزاً أي: مجموعاً، احترازاً عن الثَّمَر على الشَّجَر، أو المرادُ: مميَّزاً عن غير الموهوب، وغيرَ مشغولٍ بغير الموهوب، حتَّى لو وهبَ أرضاً فيها زرعٌ للواهب دون الزَّرع أو عكسه، أو نخلاً فيها ثمرةٌ للواهب معلَّقةٌ به دون الثَّمَر أو عكسه؛ لا يجوزُ، وكذا لو وهبَ داراً أو ظرفاً فيها متاعٌ للواهب. «هنديَّة»[2].

(قوله: هُوَ الإِيجَابُ وَالقَبُولُ) لأنَّها عقدٌ كسائر العقود. «بحر»[3]. لكن في الثَّاني خلافٌ، ففي القهستانيِّ: وتصحُّ الهبةُ بـ: وهبتُ: وفيه دلالةٌ على أنَّ القبولَ ليس بركنٍ كما أشارَ إليه في «الخلاصة» وغيرها[4]. وقدَّمْنا عن «الهندية»: أنَّ ركنَها قولُ الواهب: "وهبتُ"؛ لأنَّه تمليكٌ، وإنَّه يتمُّ بالمالك وحده، فحينئذٍ لا بُدَّ من القبض لثبوت الملك. وذكرَ الكرمانيُّ: أنَّ الإيجابَ في الهبة عقدٌ تامٌّ. وفي «المبسوط»: إنَّ القبضَ كالقبول في البيع، ولذا لو وهبَ الدَّينَ من الغريمِ لم يَفتقرْ إلى القبول كما في الكرمانيِّ. لكن في «الكافي» و«التحفة»: إنَّه ركنٌ[5]. وذكرَ في الكرمانيِّ: أنَّها تَفتقرُ إلى الإيجاب؛ لأنَّ ملكَ الإنسان لا يُنقلُ إلى الغير

---

(١) «جامع الفصولين»: الفصل الحادي والثلاثون: ٢/ ٦٣ عن صدر الإسلام أبي اليسر.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٤ عن «النهاية».

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٥.

(٤) «جامع الرموز»: ص٤٢٨.

(٥) «تحفة الفقهاء»: ٣/ ١٦٠.

....

بدون تمليكه، وإلى القبول؛ لأنَّه إلزامُ الملك على الغير، وإنَّما يحنثُ إذا حلفَ أن لا يَهبَ فوهبَ ولم يَقبلْ؛ لأنَّ الغرضَ عدمُ إظهار الجود، ولقد وُجِدَ الإظهارُ. ولعلَّ الحقَّ الأوَّلُ، فإنَّ في «التَّأويلات» التَّصريحَ بأنَّه غيرُ لازمٍ، ولذا قال أصحابُنا: لو وضعَ مالَه في طريقٍ ليكون مِلْكاً للرَّافع جازَ. اهـ. لكن يمكن الجوابُ: بأنَّ القبولَ كما يكون بالصَّريح يكون بالدِّلالة، فيكون أخذُه قبولاً دلالةً كما يأتي. وفي أبي السعود: ورُكنُها الإيجابُ والقبولُ ولو دلالةً، وإنَّما حنثَ لو حلفَ لا يهبُ فوهبَ ولم يَقبلِ الموهوبُ له؛ لأنَّه إنَّما منعَ نفسَه عمَّا هو في وُسْعه، ويُقضى بالبيع. وأجابَ المقدسيُّ: بأنَّ الهبةَ عقدُ تبرُّعٍ، فتتمُّ بالمتبرِّع، بخلاف البيع. اهـ[1]. وفيه: واختلفَ في أنَّ ركنَها الإيجابُ والقبولُ أو الإيجابُ فقط، وإلى الثَّاني ذهبَ صاحبُ «الهداية» و«الوقاية»[2]. واعلم أنَّ المرادَ بالإيجاب: خصوصُ ما يُوجدُ من طرف الواهب، واستدلَّ له بما نقلناهُ عن القهستانيِّ عن «الخلاصة»، وبما نقلناهُ عن الكرمانيِّ. ثم قال: فقولُهم: الإيجابُ ما يتلفَّظُ به أوَّلاً ليس علي إطلاقه، بل بالنِّسبة لعقود المعاوضات. اهـ. وفيه: والقبولُ ولو فِعلاً، ومنه ما قدَّمناه لو قال: قد وهبتُ جاريتي هذه لأحدكم فليأخُذْها من شاءَ، فأخذَها رجلٌ منهم؛ تكون له، وكان أخذُها قبولاً، وما في «المحيط» من أنَّه لا يُشترطُ في الهبة القبولُ مشكلٌ[3]. «بحر»[4]. وأقول: يمكن الجوابُ: بأنَّ المرادَ بالقبول: القبولُ بالقول[5]. وفي «الولوالجيَّة»: قال:

(١) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٦.

(٢) «الهداية»: ٣/ ٢٢٢.

(٣) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٤٩٣.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٥.

(٥) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٧.

(وَحُكْمُهَا: ثُبُوتُ المِلْكِ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ غَيْرَ لَازِمٍ) ....

"وهبتُ منك هذه العينَ"، فقبَضَها الموهوبُ له بحضرة الواهب ولم يقل: قبلتُ؛ صحَّ؛ لأنَّ القبضَ في باب الهبة جارٍ مجرى الرُّكْن، فصارَ كالقبول. اهـ. وفي «شرح المجمع» لابن ملكٍ عن «المحيط»: لو كان أَمرَه بالقبض حين وهبَ؛ لا يتقيَّدُ بالمجلس، ويجوز قبضُه بعده. اهـ[1]. وفي «البحر»: وكذا بقوله: "أذنتُ للنَّاس جميعاً في ثمرِ نخلي مَنْ أخذَ شيئاً فهو له"، فبلغَ النَّاسَ؛ من أخذَ شيئاً يملِكُه. كذا في «المنتقى»[2]. وظاهرُه: أنَّ من أخذَه ولم يبلُغْه مقالةُ الواهب لا يكون له كما لا يخفى. اهـ[3].

وأقول: في «جامع الفتاوى» عن «القنية»: لو قال رجلٌ: "مَنْ يتناولُ من مالي فهو مباحٌ"، فتناولَ رجلٌ من غير أن يَعلمَ إباحتَه؛ جازَ... إلخ. فتأمَّل. قال في «خزانة الفتاوى»: إذا دفعَ لابنه مالاً، فتصرَّفَ فيه الابنُ؛ يكون للأب، إلا إذا دلَّتْ دلالةُ التَّمليك[4]. بيري[5].

قلتُ: قد أفادَ أنَّ التَّلفُّظَ بالإيجاب والقبول لا يُشترطُ، بل تكفي القرائنُ الدَّالَّةُ على التَّمليك، كمن دفعَ لفقيرٍ شيئاً وقبضَه ولم يتلفَّظْ واحدٌ منهما بشيءٍ، وكذا يقعُ في الهديَّة ونحوها. فاحفَظْه. ومثلُه: ما يدفعُه لزوجته وغيرها، وعليه فتصحُّ الهبةُ بالتَّعاطي. وسيأتي تمامُه قريباً إن شاء اللهُ تعالى.

(قوله: وَحُكْمُهَا) أي: الأثرُ المترتِّبُ عليها. «منح»[6].

(قوله: غَيْرَ لَازِمٍ) أي: إلا في الصُّور السَّبعة.

---

(١) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٤٩٣.

(٢) في بولاق: (الملتقى)، والتصويب من «البحر»، ولم أقف على النقل في «ملتقى الأبحر».

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٤.

(٤) «خزانة الفتاوى»: ق٢٢٤/ آ فيض الله.

(٥) «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٢٨٤.

(٦) «منح الغفار»: ق٥٢٥/ آ فيض الله.

فله الرُّجوعُ والفسخُ، (وَعَدَمُ صِحَّةِ خِيَارِ الشَّرْطِ فِيهَا) فلو شَرطَه؛ صحَّتْ إن اختارَها قبل تفرُّقِهما، وكذا لو أبرأَه ....

(قوله: فَلَهُ الرُّجُوعُ) أي: مع كراهة التَّحريم كما يأتي. (قوله: وَالفَسْخُ) عطفُ خاصٍّ، فإنَّ الفسخَ من الألفاظ الدَّالَّة على الرُّجوع.

(قوله: وَعَدَمُ صِحَّةِ خِيَارِ الشَّرْطِ فِيهَا) الأَوْلى: وعدمُ صحَّتها بخيار الشَّرط بقرينة التَّفريع، وإلا فمفادُه: أنَّها صحيحةٌ مطلقاً والشَّرطَ باطلٌ؛ لأنَّه يمنعُ تمامَ القبض، وهي لا تتمُّ إلا به، وهذا لو شُرطَ للمالك، فلو للموهوب له لا، إلا إن اختارَ قبل التَّفرُّق أو أبراهُ؛ صحَّ لانتفاء المانع من صحَّة القبض.

(قوله: فَلَوْ شَرَطَهُ) بأنَّ وهبَه على أنَّ الموهوبَ له بالخيار ثلاثةَ أيَّامٍ. وقولُه: (وكذا لو أبرأه) هذا فيما لو كان شرطُ الخيار من جانب الواهب كما علمتَ، وكان عليه أن يذكُرَها كما في «المنح»: ولو أبرأَهُ على أنَّه بالخيار ثلاثةَ أيَّامٍ؛ صحَّ الإبراءُ وبطلَ الخيارُ[1].

(قوله: إِنِ اخْتَارَهُ قَبْلَ تَفَرُّقِهِمَا) لانتفاء المانعِ من صحَّة القبض.

(قوله: وَكَذَا لَوْ أَبْرَأَهُ) أي: كما تصحُّ إن اختارَ الهبةَ وسقطَ الخيارُ، وكذا لو أبرأَهُ عن كلِّ حقٍّ له عليه، فيشملُ حقَّ الخيار، فيصحُّ الإبراءُ ويبطلُ الشَّرطُ؛ لدخوله في عموم الإبراء، وكذا لو أبرأَهُ عن خصوص شرط الخيار، لكن في اشتراطِ كونِه قبل التَّفرُّق نظرٌ؛ لأنَّها تتمُّ بالقبض، ولا يُشترطُ كونُه في المجلس، فلِمَ لا تنقلبُ صحيحةً بعد سقوط الخيار ولو بعد المجلس؟! يتأمَّلُ. قال الحلبيُّ: والصَّوابُ إسقاطُ "كذا" كما عبَّر به في «المنح»[2]،

(١) «منح الغفار»: ق٥٢٥/ آ فيض الله عن «الخلاصة».

(٢) «منح الغفار»: ق٥٢٥/ آ فيض الله.

صحَّ الإبراءُ وبطلَ الشَّرطُ. «خلاصة» (وَ) حكمُها: أنَّها (لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ) فهبةُ عبدٍ على أن يُعتِقَه تصحُّ ويبطلُ الشَّرطُ.

وإلا فالتَّشبيهُ غيرُ صحيحٍ. اهـ.

أقول: لا غُبارَ عليه؛ لأنَّ التَّشبيهَ في عدم صحَّة خيار الشَّرط، ولا يخفى حُسنُه، بل الصَّوابُ ما فعله الشَّارحُ.

(قوله: صَحَّ الإِبْرَاءُ وَبَطَلَ الشَّرْطُ) لدُخُوله في عموم الإبراء، وهذا موافقٌ لِمَا تقدَّم في باب خيار الشَّرط من أنَّ الشَّرطَ يدخلُ في الإبراء، بأن قال: "أبرأتُكَ على أنِّي بالخيار". ذكره فخرُ الإسلام من بحث الهزل. «بحر»[1]. قال في «الأشباه»: إنَّ الإبراءَ عن الدَّين يثبتُ فيه خيارُ الشَّرط. اهـ[2]. وفي «الشُّرنبلاليَّة» عن «الواقعات»: إنَّه لو أبرأَه عن حقِّه على أنَّه بالخيارِ؛ صحَّ الإبراءُ وبطلَ الخيارُ؛ لأنَّ الإبراءَ دون الهبة في كونه تمليكاً، ولو وهبَ عيناً على أنَّه بالخيارِ؛ صحَّت الهبةُ وبطلَ الخيارُ، فهذا أَوْلى. اهـ[3]. لكن نقلَ الحمويُّ عن «العماديَّة»: لو أبرأَه من الدَّين على أنَّه بالخيار؛ فالخيارُ باطلٌ[4]، ولعلَّ في المسألة خلافاً، وبالثَّاني جزم الشَّارحُ.

(قوله: وَحُكْمُهَا أَنَّهَا لا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ) قال في «الخلاصة» من البيع بشرطٍ من كتاب البيوع: تعليقُ الهبة بالشَّرط باطلٌ إن ذكرَ بكلمةِ "إنْ"، وإن ذُكرَ بكلمة "على": إن كان مُلايماً بأن قال: "وَهبتُكَ هذا على أن تُعوِّضَني كذا"؛ صحَّت الهبةُ والشَّرطُ، وإن كان

(١) «البحر الرائق»: كتاب البيع: ٦/ ٤.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص١٧٦.

(٣) «الواقعات» للحسام الشهيد: ق١١٤/ آ فيض الله، «تيسير المقاصد»: ص٤٩٧.

(٤) «فصول الأحكام»: الفصل الخامس والعشرون: ق١٦٧/ ب فيض الله، «غمز عيون البصائر»: ٢/ ٢٨٠.

الشَّرطُ مُخالفاً؛ صحَّت الهبةُ وبطلَ الشَّرطُ. اهـ أنقروي[1]. وفي منهوَّاته معزيّاً «للبحر» من الشُّروط المفسدة في البيع: وقيَّدَ بـ"على"؛ لأنَّ الشَّرطَ لو كان بـ"إنْ"؛ فإنَّ البيعَ يفسدُ في جميع الوجوه، إلا في مسألةِ ما إذا قال: إن رَضيَ أبي أو فلانٌ في ثلاثةِ أيَّامٍ[2]. والظَّاهرُ من كلامهم: أنَّ كلمةَ "بشرطِ كذا" بمنزلةِ: "على" لا "إنْ". اهـ.

أقول: والظَّاهرُ الفرقُ بين البيع والهبة، قال في «الهنديَّة»: في البقَّاليِّ عن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا قال لغيره: "هذه العينُ لك إن شئتَ"، ودَفعَها إليه، فقال: "شِئتُ"؛ يجوزُ. وعن محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ في الثَّمَر إذا طلعَ، فقال صاحبُ الثَّمَر لغيره: "هو لكَ إن أَدركَ"، أو قال: "إذا كان غدٌ"؛ فهو جائزٌ، بخلاف دخول الدَّار. كذا في «الذَّخيرة»[3].

لو وهبَ غلاماً أو شيئاً على أنَّ الموهوبَ له بالخيار ثلاثةَ أيَّامٍ: إن أجازَ قبل الافتراق جازَ، وإن لم يُجِزْ حتَّى افترَقا لم يجزْ. ولو وهبَ شيئاً على أنَّ الواهبَ بالخيار ثلاثةَ أيَّامٍ؛ صحَّت الهبةُ وبطلَ الخيارُ؛ لأنَّ الهبةَ عقدٌ غيرُ لازمٍ، فلا يصحُّ فيها شرطُ الخيار. كذا في «فتاوى قاضيخان»[4].

رجلٌ له على آخرَ ألفُ درهمٍ، فقال: "إذا جاءَ غدٌ فالألفُ لك"، أو قال: "أنت بريءٌ منه"، أو قال: "إذا أدَّيتَ إليَّ نصفَ المال فأنتَ بريءٌ من النِّصف الباقي"، أو قال: "فلك

(١) «الفتاوى الأنقروية»: ٢/ ٢٨٠.

(٢) «البحر الرائق»: ٦/ ٩٤.

(٣) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١٣٠.

(٤) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٧١ - ١٧٢.

(وَتَصِحُّ بِإِيجَابٍ كَـ"وَهَبْتُ"، ....

النِّصفُ الباقي"؛ فهو باطلٌ. كذا في «الجامع الصَّغير»[1]. انتهى[2]. وسيأتي لذلك فروعٌ آخرَ الباب إن شاء اللهُ تعالى.

(قوله: وَتَصِحُّ بِإِيجَابٍ) عبَّر في «الإصلاح» بـ"تنعقدُ"، قال في «الإيضاح»: لم يقل: "وتصحُّ"؛ لأنَّ الصحَّةَ أمرٌ آخرُ وراءَ الانعقاد، لها شرائطُ إن صادَفَتْها تصحُّ، وإلا؛ تَنعقدُ فاسدةً، والكلامُ ههنا في بيان انعقادها بألفاظٍ مخصوصةٍ. اهـ[3]. وقد يقال: المقصدُ انعقادُها على وجه الصِّحَّة؛ لأنَّه هو الذي يخلو عن الإثم. ط[4]. قال العلَّامةُ الرَّمليُّ: أقول: إذا أُطلقتِ الهبةُ يرادُ بها: تمليكُ العين لا لإرادة الثَّواب من غير حملٍ على وجه الهديَّة، فإنَّ ما يُرادُ به الثَّوابُ يُسمَّى صدقةً، وما يَحملُ يسمَّى هديةً، ويدخلُ في مسمَّى الهبة لغةً، ولكن لا يُشترطُ في هذين الإيجابُ والقبولُ، وإنَّ [كان] كلُّ واحدٍ منهما هبةً. تأمَّلْ. اهـ[5].

(قوله: كَـ"وَهَبْتُ") فإنَّه أصلٌ فيها، قال في «الهنديَّة»: وأمَّا الألفاظُ التي تقعُ بها الهبةُ؛ فأنواعٌ ثلاثةٌ: نوعٌ تقعُ به الهبةُ وضعـاً، ونوعٌ تقعُ به الهبةُ كنايةً وعُرفـاً، ونوعٌ يحتملُ الهبةَ والعاريةَ مُستويـاً. أمَّا الأوَّلُ؛ فكقوله: "وهبتُ هذا الشَّيءَ لك"، أو "ملَّكْتُه منكَ"، أو "جَعَلْتُه لك"، أو "هذا لكَ"، أو "أعطيتُكَ"، أو "نحلتُكَ هذا"، فهذا كلُّه هبةٌ. وأمَّا الثَّاني؛ فكقوله:

---

(١) «الجامع الصغير»: كتاب الصلح: ص٢٣١، وعبارته: (محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له على آخر ألفُ درهمٍ، فقال له: أدِّ إليَّ غداً خمسمائةٍ على أنَّك بريءٌ من الباقي، ففعل، فهو بريءٌ. وإن لم يدفعْ إليه غداً خمسمائةٍ عاد عليه الألفُ، وهو قول محمدٍ. وقال أبو يوسف: لا يعود عليه).

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٥- ٣٩٦.

(٣) «الإيضاح»: ٢/ ٢٩٦.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٣.

(٥) «مظهر الحقائق»: ق٢٩١/ آ الأزهرية.

وَ"نَحَلْتُ"، ....

"كَسوتُكَ هذا الثَّوبَ"، أو "أعمرتُكَ هذه الدَّارَ"، فهو هبةٌ، كذا لو قال: "هذه الدَّارُ لك عُمرىَ أو عُمرَك، أو حياتي أو حياتكَ، فإذا متُّ فهو رَدٌّ عليَّ"؛ جازتِ الهبةُ وبطلَ الشَّرطُ. وأمَّا الثَّالثُ؛ فكقوله: "هذه الدَّارُ لك رُقبى أو لك حبسٌ"، ودَفعَها إليه؛ فهو عاريةٌ عندهما، وعند أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: هي هبةٌ. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»[(١)]. ولو قال: "أطعمتُكَ هذا الطَّعامَ"، فإن قال: "فاقبضْه"؛ فهو هبةٌ، وإن لم يقل: "فاقبضْه"؛ يكون هبةً أو عاريةً، فقد اختلفَ المشايخُ رحمهم الله تعالى في شروحهم. كذا في «المحيط»[(٢)]. ولو قال: "حملتُكَ على هذه الدابَّة"؛ يكون عاريةً، إلا أن يَنويَ الهبةَ. وقيل: هو من السُّلطان هبةٌ. كذا في «الظَّهيريَّة».

والأصلُ في هذه المسائل: أنَّه إذا أتى بلفظٍ يُنبئُ عن تمليك الرَّقبة يكون هبةً، وإذا كان مُنبئاً عن تمليك المنفعة يكون عاريةً، وإذا احتملَ هذا وذاك؛ يَنوي في ذلك. كذا في «المستصفى شرح النَّافع»[(٣)].

وكلُّ ما لا يمكنُ الانتفاعُ به مع بقاء عينه يكون هبةً، كقوله: "منحتُكَ هذا الطَّعامَ، أو هذه الدَّراهمَ، أو هذه الدَّنانيرَ"، فإن أضافَها إلى ما يمكنُ الانتفاعُ به مع قيامه؛ حَمَلْناها على العارية؛ لأنَّها الأدنى، وإن أضافها إلى ما لا يُمكنُ الانتفاعُ به إلا بالاستهلاك؛ حَمَلْناها على الهبة. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»[(٤)]. انتهى[(٥)].

(قوله: وَ"نَحَلْتُ") لكثرة استعماله فيه، قال في «مختصر الصحاح»: نَحِلَ بالكسر: أعطى عن

---

(١) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٤٨٨.

(٢) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٣٧.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٥.

(٤) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٤٩٠.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٦.

وَ"أَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ" وَلَوْ) ذلك (عَلَى وَجْهِ المُزَاحِ) ....

طِيبِ نفسٍ من غير مطالبةٍ. وقيل: من غير أن يأخذَ عِوضاً. اهـ[1]. والنِّحلةُ: العطيَّةُ. «مغرب»[2].

(قوله: وَ"أَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ") زاد صاحبُ «الدُّرر»: "فاقبِضْه" تبعاً لِمَا تقدَّم عن «المحيط»، فقال: إضافةُ الإطعام إلى ما يُطعمُ عينُه يحتملُ التَّمليكَ والإباحةَ، فإذا احتملَ الأمرينِ، فإذا قال: اقبِضْه؛ دلَّ ذلك على أنَّ المرادَ التَّمليكُ... إلخ[3].

(قوله: وَلَوْ ذَلِكَ عَلَى وَجْهِ المِزَاحِ) نقله في «البحر» عن «الخلاصة»[4]. وردَّه المقدسيُّ عليه: بأنَّه ليس في «الخلاصة» ما يفيدُ دعواهُ، والذي فيها: أنَّه طلبَ الهبةَ مزاحاً لا جدّاً، فوَهبَه جدّاً وسلَّمَ؛ صحَّت الهبةُ؛ لأنَّ الواهبَ غيرُ مازحٍ، وقد قَبِلَ الموهوبُ له قبولاً صحيحاً. كذا في «حاشية أبي السعود» عن الحمويِّ[5].

قلتُ: وليس في كلام «البحر» ما يَقتضي أنَّ المزاحَ وقعَ في الإيجابِ؛ إذ عبارتُه أطلَقَها، فشملَ ما إذا كان على وجه المزاح، فإنَّ الهبةَ صحيحةٌ، وعزاهُ إلى «الخلاصة»؛ لأنَّ قولَه: أطلَقَها أي: أطلقَ الهبةَ. وقولُه: فشملَ ما إذا كان أي: طلبه لها. تأمَّلْ. وعبارةُ «الخلاصة»: قال: "هَبْ لي على وجهِ المزاح"، فوهبَ وقَبِلَ وسلَّمَ؛ صحَّ، وهذا لا يدلُّ على ذلك؛ إذ المزاحُ إنَّما وقعَ في طلبها، وهي وقعتْ بلا مِزاحٍ مُستجمعةً للشَّرائط. وما نقله المصنِّفُ عن «الخزانة» مستدلّاً به على ما في متنه لا يُفيدُه أيضاً، فإنَّه نحوُ ما في «الخلاصة»، وكذا ما في القهستانيِّ لا يُفيدُه أيضاً، ونصُّه: ويدخلُ فيه ما يكون على وجه

(١) «مختار الصحاح»: ص٣٠٦.

(٢) «المغرب»: ص٤٥٨.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٧.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٤.

(٥) «غمز عيون البصائر»: ١/ ٨٠.

المزاح، فلو قال: "وهبتَ لي كذا؟"، فقال: "وهبتُ"، وقال الآخرُ: "قَبلتُ"، وسلَّمَ إليه؛ جازَ. انتهى[1]. على أنَّ الهبةَ تمليكٌ، والتَّمليكُ يعتمدُ الرِّضى، والرِّضى غيرُ حاصلٍ في الهزل. نعم، ذكرَ في «المنح»: أنَّه أخذَه مما رويَ عن عبد الله بن المبارك: أنَّه مرَّ بقومٍ يَضربون الطُّنبورَ، فوقف عليهم وقال: هَبُوه مني حتَّى تروا كيف أضربُ، فدفعوهُ إليه، فضَربَه على الأرض وكَسرَه، فقال: رأيتم كيف أضربُ؟! قالوا: أيُّها الشَّيخُ خدَعْتَنا. وذكرَ هذه الواقعةَ في «الخانيَّة»[2]، ثم قال: وإنَّما قال لهم ذلك احترازاً عن قول أبي حنيفةَ، فإنَّ عنده كسرُ الملاهي يُوجبُ الضَّمانَ، وهذا دليلٌ على ما مرَّ من أنَّ هبةَ المازح جائزةٌ. كذا في «فتاوى قاضيخان»[3]. والذي مرَّ هو قولُه: رجلٌ قال لآخرَ: "هبْ لي هذا الشَّيءَ مزاحاً"، فقال: "وهبتُ"، وسلَّمَ، قال أبو نصرٍ: إنَّما يجوزُ ذلكَ. اهـ[4]. فهذه هبةٌ صحيحةٌ وقعتْ مزاحاً؛ لأنَّ ابنَ المبارك بزُهْده وجلالةِ قَدْره لا يُناسبُه هبةُ الملاهي، فالظَّاهرُ أنَّ ذلك وقعَ على سبيل المزاح، وكأنَّه أخذَ الهزلَ من قولهم: "خدعْتَنا"؛ لأنَّهم لو وهبوهُ قصداً لم يَرَوْه خداعاً منه. وفيه تأمُّلٌ؛ لأنَّ الإنسانَ يسمحُ بالهبة لمن يحتاجُ الشَّيءَ، ولا يَسمحُ به لمن يريدُ كسرَه، فقد رأوه خِداعاً لهم حيث أوهمهم أنَّه يَستمنحُ كرمَهم وهو يريدُ إزالةَ منكرهم، على أنَّ فعلَ ابن المبارك ـ لو سُلِّمَ أنَّه كان على طريق الهزل ـ ليس بحجَّةٍ، بل لا بُدَّ له من دليلٍ يُستندُ إليه، فليُطلبْ ذلك الدَّليلُ.

---

(١) «جامع الرموز»: ص٤٢٨.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٦٩- ١٧٠.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٦٩- ١٧٠، «منح الغفار»: ق٥٢٥/ ب فيض الله.

(٤) «منح الغفار»: ق٥٢٥/ ب فيض الله.

بخلافِ "أطعمتُكَ أرضي"، فإنَّه عاريَّةٌ لرقبتِها، وإطعامٌ لغلَّتِها. «بحر»[1]. (أَوِ الإِضَافَةُ إِلَى مَا) أي: إلى جزءٍ (يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الكُلِّ، كَـ"وَهَبْتُ لَكَ فَرْجَهَا"، وَ"جَعَلْتُهُ لَكَ") لأنَّ اللَّامَ للتَّمليك، ....

(قوله: بِخِلَافِ: "أَطْعَمْتُكَ أَرْضِي"... إلخ) مفهومُ قوله: (هذا الطَّعام)، وقدَّمنا عن «الهندية»: لو قال: "منحتُكَ هذه الأرضَ، أو هذه الدَّارَ، أو هذه الجاريةَ"؛ فهو إعارةٌ، ولو قال: "منحتُكَ هذا الطَّعامَ، أو هذه الدَّراهمَ أو الدَّنانيرَ"، وكلُّ ما لا يمكنُ الانتفاعُ به مع بقاء عينه؛ يكون هبةً.

(قوله: فَإِنَّهُ عَارِيَّةٌ لِرَقَبَتِهَا) بهجر الحقيقة؛ لأنَّ الأرضَ لا تطعمُ، فهو كمسألةِ النَّخلة، فإنَّ اليمينَ تَنعقدُ على ثمرتها، وهنا التَّمليكُ يَنعقدُ على منفعتها، فيكون عاريةً.

(قوله: وَإِطْعَامٌ لِغَلَّتِهَا) أي: التي يزرَعُها المستعيرُ كما تقدَّم ما يفيدُه.

(قوله: أَوِ الإِضَافَةِ... إلخ) معطوفٌ على محذوفٍ مأخوذٍ من الكلام السَّابق، وهو قولُه: (كوهبتُ... إلخ)، فإنَّ الأفعالَ الثَّلاثةَ واقعةٌ على الطَّعام، وهو كل، فكأنَّه قال: بإيجابٌ بإضافة الكلِّ، وهو المشارُ إليه بقوله: (كوهبتُ... إلخ)، أو الإضافةُ إلى ما يُعبَّرُ به عن الكلِّ، وظاهرُ عبارة المصنِّف أنَّه معطوفٌ على (مزاح)، والأوضحُ في التَّعبير: (ولو بالإضافة)، أي: ولو صدرَ الإيجابُ بالإضافة... إلخ. تأمَّلْ.

(قوله: وَ"جَعَلْتُهُ لَكَ") معطوفٌ على مدخول الكاف في قوله: (كوهبتُ).

(قوله: لِأَنَّ اللَّامَ لِلتَّمْلِيكِ) ولأنَّ الجعلَ عبارةٌ عن التَّمليك. قاله قاضيخان[2].

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٤ عن «المحيط».

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٦٧.

بخلافِ: "جَعلتُه باسمكَ"، ....

(قوله: بِخِلَافِ: "جَعَلْتُهُ بِاسْمِكَ") فإنَّه يَحتملُ الهبةَ، ويستعملُه البيَّاعُ كثيراً يريدُ: أنِّي خبأتُه لك للبيع، وكذا "هي لك حلالٌ" يحتملُ أن يكون بالعارية أو الهبةِ أو البيع، فلا تثبتُ الهبةُ مع الاحتمال إلا بالقرينة، وهي التي عناها بقوله: (إلا أن يكون... إلخ). قال في «البحر»: قيَّدَ بقوله: (لك)؛ لأنَّه لو قال: "جعلتُه باسمكَ"؛ لا يكون هبةً، ولهذا قال في «الخلاصة»: لو غرسَ لابنه كَرْماً: إن قال: "جعلتُهُ لابني"؛ يكون هبةً، ولو "باسم ابني"؛ لا يكون هبةً، ولو قال: "اغْرِسْ باسم ابني"؛ فالأمرُ متردِّدٌ، وهو إلى الصحَّة أقربُ. اهـ[1]. قال في «المنح»: وفي «الخانيَّة»: قال: "جعلتُهُ لابني فلانٍ" يكون هبةً؛ لأنَّ الجعلَ عبارةٌ عن التَّمليك، وإن قال: "اغرِسْه باسم ابني" لا يكون هبةً، وإن قال: "جُعلْتُه باسم ابني" يكون هبةً؛ لأنَّ النَّاسَ يُريدونَ به التَّمليكَ والهبةَ. اهـ[2]. وفيه مخالفةٌ لِمَا في «الخلاصة» كما لا يخفى.

قال الرَّمليُّ في «حاشية المنح»: ما في «الخانية» أقربُ لعُرْف النَّاس. اهـ[3]. ورأيتُ في «الولوالجيَّة» ما نصُّه: رجلٌ له ابنٌ صغيرٌ، فغرسَ كرماً له، فهذا على ثلاثةِ أوجهٍ: إن قال: "اغرِسْ هذا الكرمَ باسم ابني فلانٍ"، أو قال: "جعلتُهُ لابني فلانٍ"؛ هبةٌ؛ لأنَّ الجعلَ إثباتٌ، فيكون تمليكاً. وإن قال: "جعلتُهُ باسم ابني"؛ فالأمرُ متردِّدٌ، وهو أقربُ إلى الوجه الأوَّل. انتهى[4]. ولتُراجعْ نسخةٌ أخرى. تأمَّل. نعم، جرى عُرفُ النَّاس بالتَّمليك مطلقاً. تأمَّل.

بقيَ: ما لو قال: "ملَّكْتُك هذا الثَّوبَ" مثلاً، فإن قامتْ قرينةٌ على الهبة صحَّتْ، وإلا

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٥.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٦٧، «منح الغفار»: ق٥٢٥/ ب فيض الله.

(٣) «لوائح الأنوار»: ق٧٣/ آ ولي الدين.

(٤) «الفتاوى الولوالجية»: ٣/ ١١٥، وفيه: (جعلته باسم أخي).

فإنَّه ليس بهبةٍ، ....

فلا، فإنَّ التَّمليكَ أعمُّ من الهبة؛ لصِدقِه على البيع والوصيَّة والإجارة وغيرها، وفي الكازرونيِّ: إنَّها هبةٌ. لكن في «الحامديَّة» عن الخير الرَّمليِّ ناقلاً عن «جامع الفصولين» في خَلَل المحاضر والسجلات برمز «التتمَّة»: عُرِضَ عليَّ محضرٌ كُتِبَ فيه: "مَلكَه تمليكاً صحيحاً"، ولم يُبيِّنْ أنَّه ملكَه بعِوضٍ أو بلا عوضٍ، قال: أجبتُ أنَّه لا تصحُّ الدَّعوى. ثم رمزَ لـ«شروط الحاكم»: اكتفى به في مثل هذا بقوله: "وهبَ له هبةً صحيحةً وقبضَها". ولكن ما أفادَ في «التَّتمَّة» أجودُ وأقربُ إلى الاحتياط. اهـ[1].

(قوله: فَإِنَّهُ لَيْسَ بِهِبَةٍ) هذا أحدُ قولين، وهو غيرُ الأظهر. قال في «الهندية»: أبو الصَّغير غرسَ كرماً أو شجراً، ثم قال: "جعلتُهُ لابني"؛ فهو هبةٌ، وإن قال: "جعلتُهُ باسم ابني"؛ لا يكون، هو الأظهرُ، وعليه أكثرُ مشايخنا. «غياثيَّة». وإن لم يُرِدِ الهبةَ يُصدَّقُ. «ملتقط»[2]. ولو قال: "اغرِسْه باسم ابني" لا يكون هبةً. «خانية»[3]. قال الأبُ: "جميعُ ما هو حقِّي وملكي فهو ملكٌ لولدي هذا الصَّغير"؛ فهذا كرامةٌ لا تمليكٌ، بخلاف ما لو عيَّنَه فقال: "حانوتي الذي أملِكُه أو داري لابني الصَّغير"، فهو هبةٌ، ويتمُّ بكونها في يد الأب. «قنية». ولو قال: "هذا الشَّيءُ لولدي الصَّغير فلانٍ"؛ جازَ ويتمُّ من غير قبولٍ. «تاترخانيَّة»[4]. اهـ[5]. فقولُهم: القبولُ شرطٌ لثبوت الملك في الموهوب يُستثنى منه الهبةُ للصَّغير من أبيه.

(١) «الفتاوى الخيرية»: كتاب الدعوى: ٢/ ٦٧، «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٩٣.

(٢) «الملتقط»: ص٣٠٣.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٦٧.

(٤) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤١٤ عن «الخانية».

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٥- ٣٧٦.

وكذا"هي لكَ حلالٌ"، إلا أن يكون قبلَه كلامٌ يُفيدُ الهبةَ. «خلاصة» ....

(قوله: وَكَذَا "هِيَ لَكَ حَلَالٌ") لأنَّه إن كان أمةً؛ يَحتملُ حِلَّ النِّكاح أو الإباحة، ولا إباحةَ في الفُروج.

فروعٌ: قال لغيره: "أنتَ في حِلٍّ ممَّا أكلتَ من مالي"؛ له أن يَأكلَ، إلا إذا قامتْ أَمَارةُ النِّفاق. ولو قال: "مَن أكلَ من شجرتي فهو في حِلٍّ"؛ يأكلُ منها الغنيُّ والفقيرُ على المختار. ولو قال: "حلِّلْني من كلِّ حقٍّ هو لك عليَّ"، ففعلَ وأبرأَ: إن كان صاحبُ الحقِّ عالماً به؛ برئَ حكماً وديانةً، وإن لم يكن عالماً به؛ بَرئَ حكماً إجماعاً وديانةً عند الثَّاني، وعليه الفتوى. والمباحُ له لا يحلُّ له التَّناوُلُ حتَّى يعلمَ بالإذن والإباحة، ولو تناوَلَ قبل ذلك تناوَلَ حراماً. وفي «البزَّازيَّة»: لو قال: "أنت في حِلٍّ ممَّا أكلتَ من مالي"، أو أخذتَ، أو أعطيتَ؛ حَلَّ له الأكلُ والأخذُ والإعطاءُ. اهـ[1]. ولو قال المغصوبُ منه: "أنت في حِلٍّ مما غصبتَ منِّي"، والمغصوبُ قائمٌ؛ فذلك على البراءةِ من ضمانها، والعينُ للمغصوب منه. انتهى. وفي «الخانيَّة»: رجلٌ أضلَّ لؤلؤةً، فوهبَها لآخرَ وسلَّطَه على طلبها وقَبَضِها متى وجدها، قال أبو يوسفَ: هذه هبةٌ فاسدةٌ؛ لأنَّها على خَطَرٍ، والهبةُ لا تصحُّ مع الخطر. وقال زُفَر: تجوزُ[2]. قال المقدسيُّ: فكأنَّه قاسها على من سيَّبَ دابَّةً.

(قوله: إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَبْلَهُ كَلَامٌ يُفِيدُ الهِبَةَ) كأن يقول: "أتهبُني ذلك؟"، أو "إنَّ نفسي رغبتْ في إعطاء هذا الشَّيء"، أو "أنتَ لم تَهَبْني شيئاً قبل هذا". ط[3].

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٦٣.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٧١.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٤.

(وَ"أَعْمَرْتُكَ هَذَا الشَّيْءَ"، وَ"حَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ") ناويـاً بالحملِ الهبةَ كما مرَّ، (وَ"كَسَوْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ"، ....

(قوله: وَ"أَعْمَرْتُكَ هَذَا الشَّيْءَ") هي أن يملِّكَها له طولَ عمره، فإذا ماتَ تردُّ على المُعْمِرِ، وهذا كان قبل الإسلام، ثمَّ جاء في الحديث: «مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِيَ لِلْمُعْمَرِ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ مِنْ بَعْدِهِ»[1]، ولأنَّها تمليكٌ شُرطَ فيه الاستردادُ بعد الموت، وهو شرطٌ فاسدٌ لا تبطلُ به الهبةُ، بل يبطلُ الشَّرطُ كما في الزيلعيِّ[2].

(قوله: وَ"حَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ") لأنَّ الحملَ على الدَّابَّة إركابٌ، وهو تصرُّفٌ في منافعها لا في عينها، فتكون عاريةً، إلا أن يقول صاحبُها: أردتُ الهبةَ؛ لأنَّه نوى مُحتملَ كلامه، وفيه تشديدٌ عليه، ومثلُه "أخدَمْتُكَ هذه الجاريةَ". «بحر»[3]. ولا يخفى أنَّ التَّعيينَ باسم الإشارة في هذا وما قبله وما بعده تحرُّزاً عن الجهالة إذا كان للمعمر ومن بعده غيرُه.

(قوله: نَاوِيـاً بِالحَمْلِ الهِبَةَ) لأنَّ الحملَ يُستعملُ في الهبة والعارية، وإن كان أصلُه العاريةَ؛ لأنَّ الحملَ تصرُّفٌ في المنفعة، فإذا نوى الهبةَ صحَّتْ؛ لوجود استعماله في التَّمليك، يقال: حملَ الأميرُ فلاناً على دابَّةٍ إذا مَلَّكَه إيَّاها. ط[4].

(قولـه: كَمَـا مَـرَّ) أي: فـي العارية من قولـه: (ومنحتُـكَ ثوبـي وجاريتـي وحملتُكَ على دابَّتي).

(قـولـه: وَ"كَسَوْتُكَ هَـذَا الثَّوْبَ") لأنَّـه يُـرادُ به التَّمليكُ، قـال تعالى: ﴿أَوْ

(١) تقدم تخريجه: ١٤/ ٦١٨.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٢- ٩٣.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٥.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٤.

وَ"دَارِي لَكَ هِبَةً) أو عُمْرى (تَسْكُنُهَا") لأنَّ قولَه: "تَسْكُنُها" مشَورةٌ لا تفسيرٌ؛ لأنَّ الفعلَ لا يصلحُ تفسيراً للاسم، فقد أشارَ عليه في مِلكِهِ بأن يَسكُنَه، فإنْ شاءَ قَبِلَ مشورتَه، وإن شاءَ لَم يَقبلْ ....

كِسْوَتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩]، فإنَّ المرادَ به: تمليكُ العين؛ لأنَّ الكفَّارةَ لا تتأدَّى بالمنافع، ويقال: كسا الأميرُ فلاناً ثوباً إذا ملَّكَه، لا إذا أعاره. وفي «الخلاصة»: لو دفعَ إلى رجلٍ ثوباً وقال: "ألبِسْ نفسَكَ"، ففعلَ؛ يكون هبةً، ولو دفعَ إليه دراهمَ وقال: "أنفِقْها"؛ تكون قرضاً. اهـ. ولو قال: "متَّعتُكَ بهذا الثَّوب أو بهذه الدَّراهم"؛ فهي هبةٌ. كذا في «المحيط»[1]. «بحر»[2].

(قوله: وَدَارِي لَكَ) مبتدأٌ وخبرٌ. (قوله: هِبَةً) نصبٌ على الحال من ضمير الظَّرف، واللَّامُ في (لك) للتَّمليك. اهـ «درر»[3].

(قوله: مَشْوَرَةٌ) بتسكين الشين وفتح الواو وبضمِّ الشين وسكون الواو بمعنى: الشُّورى، وهي استخراجُ رأيٍ على غالب الظنِّ. اهـ أتقاني.

(قوله: لا تَفْسِيرٌ) لأنَّ الفعلَ لا يصلحُ تفسيراً للاسم، وهذا لا ينافي الهبةَ، بل ينبِّهُ على المقصود، بمنزلة: هذا الطَّعامُ لك تأكلُه كما يأتي قريباً.

(قوله: فَقَدْ أَشَارَ عَلَيْهِ فِي مِلْكِهِ) كقوله: "هذا الطَّعامُ لك تأكلُه"، و"هذا الثَّوبُ لك تلبسُه". «بحر»[4]. وقد تقدَّم أنَّ العُمرى كالهبة، فقوله هنا: (هبة) ليس بقيدٍ، بل لو قال: داري

---

(١) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٤٩٢.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٥.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٧.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٥.

(لا) لو قال: ("هِبَةً سُكْنَى"، أَوْ "سُكْنَى هِبَةً") بل تكونُ عاريةً أخذاً بالمتيقَّن. وحاصلُه: أنَّ اللَّفظَ إنْ أنبأَ عن تملُّك الرَّقبة فهِبةٌ، أو المنافعِ فعاريةٌ، أو احتَملَ؛ اعتُبرَ النيَّةُ. «نوازل»

لك عُمرى تسكُنُها؛ كان كذلك. نصَّ عليه في «الهداية»[1]. ولذا نصَّ عليه الشَّارحُ رَحِمَهُ اللَّهُ.

(قوله: لا لَوْ قَالَ: "هِبَةً سُكْنَى") أي: داري لك هبةً سُكنى بنصب (هبة) على الحال كما تقدَّم، و(سكنى) منصوبٌ على التَّمييز لِمَا في قوله: (داري لك) من الإبهام، يعني: إنَّها عاريةٌ فيهما؛ لأنَّ السُّكنى مُحكمٌ في تمليك المنفعة، فكان عاريةً، قدَّمَ لفظَ الهبة أو أخَّرَه. ولو ذكرَ بدلَ "سُكنى": "عارية"؛ كان عاريةً بالأَوْلى، ولو قال: "هي لك هبةً إجارةً كلَّ شهرٍ بدرهمٍ أو إجارةً هبةً"؛ فهي غيرُ لازمةٍ، فيَملكُ كلٌّ فسخَها بعد القبض، ولو سكنَ وجبَ الأجرُ. كذا في «البحر» عن «المحيط»[2].

(قوله: أَخْذٌ بِالمُتيَقَّنِ) برفع (أخذ) على أنَّه خبرُ مبتدأٍ محذوفٍ كما في بعض النُّسخ، وفي النُّسخة التي بيدي: (أخذاً) بالنَّصب.

(قوله: إِنْ أَنبَأَ عَنْ تَمْلِيكِ الرَّقَبَةِ) أي: فقط، وكذا يقال فيما بعدُ.

(قوله: اعْتُبِرَ النيَّةُ) وعند عدم النيَّة يثبتُ الأدنى، وهو العاريةُ، وهذه المسألةُ ـ أعني: داري لك هبةً سُكنى ـ لا تردُ على تعريف الهبة بأنَّها تمليكُ العين... إلخ؛ لأنَّه بالنِّسبة للهبة المطلقة بأنَّ كانت غيرَ مقيَّدةٍ، فلهذا كانت لتمليك المنفعة، بخلاف: تَسكُنُها حيث لا يُنافي ثبوتَ الملك في العين؛ لأنَّه للتَّنبيه على ما هو المقصودُ، فلم يكن للتَّقييد. وأمَّا هبةُ الدَّين ممن عليه؛ فمجازٌ عن الإسقاط كما سبق، فالتَّعريفُ المذكورُ بالنِّسبة للحقيقة.

(١) «الهداية»: ٣/ ٢٢٣، وقد ذكرَ التقييدَ بالسُّكنى في الهبة فقط، ولم يقيِّدْها في العمرى.

(٢) «المحيط البرهاني»: كتاب الإجارات: ٧/ ٣٩٣، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٥.

وفي «البحر»: "اغرِسْه باسم ابني"؛ الأقربُ الصِّحَّةُ..........................

وكذا لا يَردُ على التَّعريف الوصيَّةُ؛ لأنَّ المتبادرَ من تعريفها بأنَّها تمليكُ العين أي: حالاً، على أنَّ الكرمانيَّ ذكرَ أنَّها هبةٌ معلَّقةٌ بالموت. ثمَّ رأيتُ في القهستانيِّ ما يفيدُ كونَ العارية من أفراد الهبة، حيث قال بعد أن عرَّفَ الهبةَ بأنَّها تمليكُ العين ما نصُّه: ويخرجُ عنه الإجارةُ والعاريةُ والمهايأةُ، لكن في «النظم»: إنَّ الهبةَ لعموم التَّمليك، حتَّى لو قال: "وهبتُ لك هذه الدَّارَ والثَّوبَ لتسكنَ فيها أو تلبَسَه شهراً"، فقَبِلَ؛ يصحُّ. انتهى[1]. لكن اللَّائقَ بالتَّعريف الذي ذكره المصنِّفُ ما قدَّمناه من الجواب بأنَّ (سُكنى) للتَّقييد.

(قوله: وَفِي «البَحْرِ»... إلخ) نقله عن «الخلاصة»[2]، والذي في «الهنديَّة» عن «فتاوى قاضيخان»: أنَّه لا يكون هبةً[3]، وعليه الاعتمادُ. وقدَّمْنا الكلامَ فيه قريباً.

وأقول: قولُه: "جعلتُهُ باسمكَ" ليس بصحيحٍ كما مرَّ، فكيف يكون ما هو أدنى رُتبةً منه أقربَ إلى الصحَّة؟! على أنَّ الغرسَ باسم فلانٍ يُقصدُ به في عُرفنا التَّبرُّكُ، وقد يُفرَّقُ بأنَّ ما مرَّ ليس خطاباً لابنه بل لأجنبيٍّ، وما هنا مبنيٌّ على العرف. تأمَّلْ. قال في «جامع الفتاوى»: قطعَ ثوباً لولده الصَّغير؛ صار واهباً له بالقطع له مُسلِّماً له قبل الخياطة، ولو كان كبيراً؛ لا تصحُّ الهبةُ إلا بعد الخياطة والتَّسليم. وفي «البزَّازيَّة»: اتخَّذَ لولده ثياباً؛ ليس له أن يدفَعَها إلى غيره، إلا إذا بيَّنَ وقتَ الاتِّخاذ أنَّها عاريةٌ، وكذا لو اتَّخذَ لتلميذه ثياباً، فأبَقَ التِّلميذُ، فأرادَ أن يدفَعَها إلى غيره. انتهى[4]. لكن فرَّقَ في «الخانيَّة» بين التِّلميذ والولد

(١) «جامع الرموز»: ص٤٢٨.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٥.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٦٧، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٦.

(٤) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٧.

(وَ) تصحُّ (بِقَبُولٍ) أي: في حقِّ الموهوب له، أمَّا في حقِّ الواهب؛ فتصحُّ بالإيجاب

الصَّغير: بأنَّ بمجرَّد اتِّخاذ الأب لولده الصَّغير تصيرُ ملكاً له، أمَّا التِّلميذُ وولدُه الكبيرُ؛ فلا بُدَّ من التَّسليم كما ذكرنا. ثم إنَّ قولَه: "إن بيَّنَ وقتَ الاتِّخاذ... إلخ" يُفيدُ أنَّه لو سلَّمَها لتلميذه ولم يُبيِّنْ أنَّها إعارةٌ؛ ليس له دفعُها إلى غيره، ولعلَّ وجهَه: أنَّه جَعلَها في مقابلة خدمته له، فلا تكون هبةً خالصةً، فلا يمكنُه الرُّجوعُ فيها، وإلا فما المانعُ منه؟! تأمَّلْ.

(قوله: وَتَصِحُّ بِقَبُولٍ) أي: ولو فعلاً، ومنه: "وهبتُ جاريتي هذه لأحدكما فليأخُذْها من شاءَ، فأخذَها رجلٌ منهما"؛ تكون له وكان أخذُه قبولاً كما قدَّمْنا. وكذا ما ذكره المقدسيُّ: دفعَ له ثوبينِ فقال: "أيُّما شئتَ لك والآخرُ لابنك فلانٍ": إن بيَّنَ الذي له قبل التَّفريق جازَ، وإلا لا. اهـ. وما في «البحر» عن «المحيط» من أنَّها تدلُّ على أنَّه لا يُشترطُ في الهبة القبولُ مُشكلٌ. انتهى[1].

قلتُ: يظهرُ لي: أنَّه أراد بالقبول قولاً، وعليه يُحملُ كلامُ غيره أيضاً، وبه يظهرُ التَّوفيقُ بين القولين باشتراط القبول وعدمه. واللهُ تعالى الموفِّقُ. وتقدَّم نظيرُه في العارية. نعم، القبولُ شرطٌ لو كان الموهوبُ في يده كما يأتي، قال في «التَّاترخانيَّة»: وفي «الذَّخيرة»: قال أبو بكرٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا قال الرَّجلُ لغيره: "وهبتُ عبدي هذا منكَ"، والعبدُ حاضرٌ، فقبضَ الموهوبُ له العبدَ ولم يقل: قَبلتُ؛ جازتِ الهبةُ، وكذلكَ لو كان العبدُ غائباً، فذهبَ وقبضَه ولم يقل: قَبلتُ؛ جازت الهبةُ. قال الفقيهُ أبو اللَّيث: وبقول أبي بكرٍ نأخذُ[2]. وفي «التهذيب»: ولو قال: "قَبَضْتُه"؛ قال أبو بكرٍ: جازتِ الهبةُ من غير قوله: "قبلتُ"، ويَصيرُ

---

(١) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٤٩٣، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٥. وقد بنى في «المحيط» هذا على فرعٍ آخرَ في «السير الكبير»، وهو ما إذا قال رجلٌ لقومٍ: قد وهبتُ جاريتي هذه لأحدكم فليأخذْها من شاء، فأخذرها رجلٌ منهم؛ تكون له.

(٢) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١١١، «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٢٢.

وحدَه؛ لأنَّه تبرُّعٌ، حتَّى لو خلفَ أن يَهبَ عبدَه لفلانٍ، فوهبَ ولم يَقبلْ؛ بَرَّ، وبعكسه حَنِثَ، بخلاف البيعِ.

قابضاً في قول محمدٍ، وقال أبو يوسفَ: لا يصيرُ قابضاً ما لم يَقبضْ. انتهى. وقد سبق عن القهستانيِّ: أنَّه لا يُشترطُ القبولُ، فإنَّ من وضعَ مالَه في الطَّريق ليكون لمن رَفعَه جازَ. لكن قال المقدسيُّ: وفي «الخانيَّة» ما يخالفُ ما اختارَه قال: رجلٌ قال لخَتَنِه بالفارسية: "اين زمين ترا"، أي: هذه الأرضُ لك، فذهبَ وزَرعَها: إن قال الخَتَنُ عندما قال هذه المقالةَ: "قبلتُ"؛ صارتِ الأرضُ له، فإن لم يقل: قَبلتُ؛ لا شيءَ له. اهـ[1]. وما مرَّ ويأتي من مسألة العبد يخالفُ هذه المسألةَ في الجواب. فليتأمَّلْ.

فرعٌ: في «التَّاترخانيَّة»: رجلٌ ماتَ، فوهبتْ له امرأتُه مهرَها؛ جاز؛ لأنَّ قبولَ المديون ليس بشرطٍ[2]، ولو وهبَ الغريمُ والدَّين من الوارث؛ صحَّ بلا خلافٍ. وقال قاضيخان: رجلٌ له على آخر دَيْنٌ، فبلغَه أنَّه ماتَ فقال: "جعلتُه في حِلٍّ"، أو قال: "أبرأتُه"، ثم ظهرَ أنَّه حيٌّ؛ ليس للطَّالب أن يأخُذَ منه؛ لأنَّه وهبَ له بغير شرطٍ. اهـ[3].

(قوله: لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ) أي: وعقودُ التَّبرُّع يكفي فيها الإيجابُ وحده بالنَّظَر للموجِب.

(قوله: حَتَّى لَوْ حَلَفَ) تقدَّم الكلامُ عليه، وقد أطالَ الكلامَ في ذلك قاضي زاده[4].

(قوله: بِخِلَافِ البَيْعِ) أي: إذا حلفَ: أنَّه يبيعُ لفلانٍ كذا، فباعَ ولم يَقبلْ؛ فإنَّه يحنثُ؛ لأنَّ البيعَ عقدُ معاوضةٍ لا يتمُّ إلا بالإيجاب والقبول، فما لم يوجدِ القبولُ لا يقال: إنَّه

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٦٦ ببعض تصرف.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٩٣.

(٣) «الفتاوى الخانية»: كتاب الغصب: ٤/ ١٦٠.

(٤) «نتائج الأفكار»: ٩/ ٢٠-٢١ (تكملة فتح القدير).

(وَ) تصحُّ (بِقَبْضٍ بِلَا إِذْنٍ فِي المَجْلِسِ) فإنَّه هنا كالقبول، فاختصَّ بالمجلس، ....

باعَ. وهذا تعرُّضٌ لصاحب «الدُّرَر» حيث قال: وقبول عطفٌ على إيجاب، فإنَّها كالبيع لا تصحُّ إلا بالإيجاب والقبول. اهـ[1]. وكأنَّه اقتفى فيه أثرَ صاحب «الكافي» و«الكفاية» و«التحفة»[2].

وقال الإمامُ خُواهر زاده في «مبسوطه»: ركنُها مجرَّدُ إيجابِ الواهب، والقبولُ شرطُ ثبوت الملك للموهوب له، ومالَ إليه أكثرُ الشُّرَّاح، وتبعَهم الشَّارحُ. وفي «البدائع»: القبولُ ليس بركنٍ استحسانـاً، والقياسُ أن يكون ركنـاً، وهو قولُ زُفر[3]. وذكرَ في «المنبع»: إنَّما عدلَ القدوريُّ عن لفظ "تنعقدُ" إلى لفظ "تصحُّ"[4]؛ لأنَّ الهبةَ تتمُّ من جانب الواهب؛ لأنَّه تمليك من جانبٍ واحدٍ. وباقي التَّفصيل في «التَّكملة»، فراجِعْه.

(قوله: وَتَصِحُّ بِقَبْضٍ) قال في «المنح»: أفادَ أنَّه لا بُدَّ من القبض فيها لثبوت الملك، لا للصحَّة؛ لِمَا في «المجتبى»: فأمَّا القبضُ فشرطٌ لثبوت الملك. اهـ[5].

(قوله: فَإِنَّهُ هُنَا كَالقَبُولِ فَاخْتَصَّ بِالمَجْلِسِ) وهذا استحسانٌ، والقياسُ أنَّه لا يجوزَ إلا بإذنه. وجهُ الاستحسان: أنَّ القبضَ كالقبول في الهبة، ولهذا لا يملكُ بها قبله، ويُغني عن القبول، والمقصودُ من الإيجاب إثباتُ الملك، فيكون تسليطـاً على القبض دلالةً؛ إذ مِلكُه لا يُتصوَّرُ إلا به، فيتقيَّدُ ذلك بالمجلس كالقبول؛ لأنَّه بمنزلته. اهـ زيلعي[6].

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٧-٢١٨.

(٢) «الكفاية»: ٦/ ٢٨٨، «تحفة الفقهاء»: ٣/ ١٦٠.

(٣) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١١٥.

(٤) «مختصر القدوري»: ص١٢٤.

(٥) «منح الغفار»: ق٥٢٦/آ فيض الله.

(٦) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٢.

(وَبَعْدَهُ بِهِ) أي: بعد المجلسِ بالإذن. وفي «المحيط»: لو كان أَمرَه بالقبض حينَ وَهبَه؛ لا يتقيَّدُ بالمجلس، ويجوز القبضُ بعده ....

(قوله: وَبَعْدَهُ بِهِ) لأنَّ الإذنَ ثبتَ نصّاً، والثَّابتُ نصّاً ثابتٌ من كلِّ وجهٍ، فيَثبتُ في المجلس وبعد المجلس. شلبي[1].

(قوله: لا يَتَقَيَّدِ بالمَجْلِسِ) لِمَا ذكرَ أنَّ الإذنَ ثبت نصّاً... إلخ. قال في «الهنديَّة»: ولا يتمُّ حكمُ الهبة إلا مقبوضةً، ويَستوي فيه الأجنبيُّ والولدُ إذا كان بالغاً. هكذا في «المحيط»[2]. والقبضُ الذي يتعلَّقُ به تمامُ الهبة وثبوتُ حكمها القبضُ بإذن المالك، والإذنُ تارةً يثبتُ نصّاً وصريحاً وتارةً يثبتُ دلالةً، فالصَّريحُ أن يقول: "اقبِضْه" إذا كان الموهوبُ حاضراً في المجلس، ويقول: "اذهبْ واقبِضْه" إذا كان غائباً عن المجلس. ثمَّ إذا كان الموهوبُ حاضراً وقال له الواهبُ: "اقبِضْه"، فقبضَه في المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس؛ صحَّ قبضُه ومَلكَه قياساً واستحساناً، ولو نهاهُ عن القبض بعد الهبة؛ لا يصحُّ قبضُه لا في المجلس ولا بعد الافتراق عن المجلس، وإن لم يأذنْ له بالقبض صريحاً ولم يَنهَه عنه: إن قَبضَه في المجلس؛ صحَّ قبضُه استحساناً لا قياساً، وإن قَبضَه بعد الافتراق عن المجلس؛ لا يصحُّ قبضُه قياساً واستحساناً. ولو كان الموهوبُ غائباً، فذهبَ وقبضَ: إن كان القبضُ بإذن الواهب؛ جازَ استحساناً لا قياساً، وإن كان بغير إذنه؛ لا يجوز قياساً واستحساناً. هكذا في «الذَّخيرة»[3]. لو وهبَ شيئاً حاضراً من رجل، فقال الموهوبُ له: "قبضْتُه"؛ صارَ قابضاً عند محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، خلافاً لأبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ. كذا

(١) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٢.

(٢) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٣٣٨ عن «الأصل».

(٣) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١١٠.

(وَالتَّمَكُّنُ مِنَ القَبْضِ كَالقَبْضِ، فَلَوْ وَهَبَ لِرَجُلٍ ثِيَابًا فِي صُنْدُوقٍ مُقْفَلٍ، وَدَفَعَ إِلَيْهِ الصُّنْدُوقَ؛ لَمْ يَكُنْ قَبْضًا) لعدم تمكُّنِه من القبض، (وَإِنْ مَفْتُوحًا؛ كَانَ قَبْضًا لِتَمَكُّنِهِ مِنْهُ) فإنَّه كالتَّخلية في البيع. «اختيار».

في «السِّراجيَّة»[1]. وفي البقَّاليِّ عن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا قال: "اقبِضْه"، فقال: "قبضتُ"، والموهوبُ حاضرٌ؛ جازَ إذا لم يَبرحِ الموهوبُ له قبل قوله: "قبضتُ"، ولا يكفي قولُه: "قبلتُ"، وإذا لم يقل: "اقبِضْه"؛ فإنَّما القبضُ أن ينقُلَه، فإذا لم يقل: "قبلتُ"؛ لم يجزْ وإن نقلَ، إلا أن تكون الهبةُ بمسألته. كذا في «المحيط»[2]. ولو قال لرجلٍ: "هَبْ لي هذا العبدَ"، فقال: "وهبتُ"؛ تمَّت الهبةُ. كذا في «الينابيع». انتهى[3]. وتقدَّم الكلامُ عليه قريبًا، فلا تنسَه.

(قوله: وَالتَّمَكُّنُ مِنَ القَبْضِ) أي: العاديِّ لا العقليِّ، وموضوعُ هذا فيما إذا قبضَ الموهوبُ له وغيرُه، وأمَّا التَّمكُّنُ بالتَّخلية؛ فقد ذكره بعدُ. ط[4].

(قوله: كَالقَبْضِ) ولهذا قال في «الاختيار»: ولو وهبَ من رجلٍ ثوبًا فقال: "قبضتُه"؛ صارَ قابضًا عند أبي حنيفةَ، وجعلَ تمكُّنَه من القبض[5] كالتَّخلية في البيع. وقال أبو يوسفَ: لا بُدَّ من القبض بيده[6]. اهـ «بحر»[7]. قال ابنُ الكمال: قبضُ كلِّ شيءٍ بما يُناسبُه، فقبضُ مفتاح الدَّار قبضٌ لها، وقبضُ ما يَحتملُ القسمةَ يكون بها، وقبضُ ما

---

(١) «الفتاوى السراجية»: ص٤٠٤.

(٢) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٤٩٦ بتصرف.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٧.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٤.

(٥) في بولاق زيادة: (كالقبض)، ولا معنى لها.

(٦) «الاختيار»: ٣/ ٤٩.

(٧) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٥- ٢٨٦.

وفي «الدُّرَر»: والمختارُ صحَّتُه بالتَّخلية في صحيحِ الهبة، لا فاسِدِها[1] ....

لا يحتمِلُها يكون بقبض كلِّه. اهـ[2]. قال في «التَّاترخانيَّة»: قد ذكرنا أنَّ الهبةَ لا تتمُّ إلا بالقبض، والقبضُ نوعانِ: حقيقيٌّ، وإنَّه ظاهرٌ، وحكميٌّ، وذلك بالتَّخلية، وقد أشارَ في هذه المسألة ـ أي: مسألة التَّمكُّنُ من القبض قبضٌ ـ إلى القبض الحكميِّ، وهو القبضُ بطريقِ التَّخلية، وهذا قولُ محمدٍ خاصَّةً، وعند أبي يوسفَ: التَّخليةُ ليست بقبضٍ. وهذا الخلافُ في الهبة الصَّحيحة، فأمَّا الهبةُ الفاسدةُ؛ فالتَّخليةُ ليستْ بقبضٍ اتِّفاقاً. اهـ[3].

(قوله: وَالمُخْتَارُ صِحَّتُهُ) أي: القبض بالتَّخلية، ظاهرُه: وإن لم يقبِضْه الموهوبُ له، وهو خلافُ ما في «حاشية الشِّلبيِّ» عن «شرح الإسبيجابي»: أنَّه إذا كان العبدُ حاضراً، فقال الواهبُ: قد خلَّيْتُ بينك وبين الهبة فاقبِضْها، فانصرفَ الواهبُ، فقبضَه الموهوبُ له جازَ؛ لأنَّ التَّخليةَ إقباضٌ منه، فإذا قَبضَه بإذنه تمَّ العقدُ، أمَّا البيعُ؛ فيُنزَّلُ قابضاً بمجرَّد التَّخلية وإن لم يُباشرِ القبضَ. والفرقُ: أنَّ القبضَ واجبٌ عليه في البيع، والبائعُ محتاجٌ إلى إخراج نفسه من عُهدة المبيع، فإذا أتى بما وَسِعِه فقد برئَ، وليس في وُسْعه إلا التَّخليةُ، وأمَّا الهبةُ؛ فإنَّ التَّسليمَ ليس بواجبٍ عليه فيها، فإذا لم يُسلِّمْه إليه ويقبضه؛ لا يعدُّ مُسلِّماً. اهـ بتصرُّف[4]. ونقل بعده عن «المحيط» ما نصُّه: ومن «النَّوادر»: رجلٌ وهبَ من رجلٍ ثوباً وهو حاضرٌ، فقال الموهوبُ له: "قبضتُه"، قال أبو حنيفةَ: صار قابضاً؛ لأنَّه متمكِّنٌ من قبضه، فأُقيمَ تمكُّنُه مقامَ قبضه كالتَّخلية في باب البيع. وقال أبو يوسفَ: لا يَصيرُ

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٩.

(٢) «الإيضاح»: ٢/ ٢٩٧.

(٣) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٢٣.

(٤) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٢.

وفي «النتف»: ثلاثةَ عشرَ عقداً لا تصحُّ بلا قبضٍ. (وَلَوْ نَهَاهُ) عن القبضِ؛ (لَمْ يَصِحَّ) قبضُه (مُطْلَقًا) ولو في المجلس؛ ....

قابضًا ما لم يقبِضْه بنفسه؛ لأنَّه غيرُ قابضٍ حقيقةً. انتهى. فعلى هذا محمدٌ مع أبي حنيفةَ رحمهم الله تعالى، والقبضُ حقيقةً عنده بالنَّقْل من ذلك المكان؟ انتهى[1]. ط[2]. وفي «الخانية»: الأصحُّ: أنَّ الإقرارَ بالهبة لا يكون إقراراً بالقبض. اهـ[3].

فرعٌ: لو وهبَ لغائبٍ دراهمَ وأرسَلَها، فقال الموهوبُ له: "تصدَّق بها عليك أو على غنيٍّ"؛ لا يجوزُ، وإن تصدَّقَ يَضمنُ للواهب.

فرعٌ: اختلفَ الواهبُ والموهوبُ له في القبض؛ القولُ للموهوب له إن قال: "وَهبْتَه لي وقبضتُه بإذنك"، وإن قال: "كان بمنزلنا لا بحضرتنا، فأمَرْتَني بقبضه فقبضتُه"؛ لا.

(قوله: وَفِي «النُّتَفِ»... إلخ) عبارَتُها: أحدُها: الهبةُ، والصَّدقةُ، والرَّهنُ، والوقفُ في قول محمد بن الحسنِ والأوزاعيِّ وابن شبرمةَ وابن أبي ليلى والحسن بنِ صالحٍ، والعُمرى، والنِّحلةُ، والحَبيسُ، والصُّلحُ، ورأسُ المال في السَّلَم، والبدلُ في السَّلَم إذا وجدَ بعضَه زيوفًا، فإذا لم يقبض بدلَها قبل الافتراق؛ بطلَ حصَّتُها من السَّلَم. والحادي عشرَ: الصَّرفُ. والثَّاني عشرَ: إذا باعَ الكيليَّ بالكيليِّ والجنسُ مختلفٌ، مثل: الحنطةِ بالشَّعير؛ جازَ فيها التَّفاضلُ ولا تجوزُ النَّسيئةُ. والثَّالثَ عشرَ: إذا باعَ الوزنيَّ بالوزنيِّ مختلفاً، مثل: الحديد بالصُّفْر أو الصُّفْر بالنُّحاس أو النُّحاس بالرَّصاص؛ جاز فيها التَّفاضلُ ولا يجوزُ

(١) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٤٩٦، «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٢.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٤- ٣٩٥.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٦٩.

لأنَّ الصَّريحَ أقوى من الدِّلالة ....

فيها النَّسيئةُ[١]. وقولُه: "الحبيسُ" بالحاء المهملة والياء الموحَّدة بعدها ياءٌ تحتيةٌ وبالسين المهملة كما هو مثبتٌ بخطِّ السائحانيِّ في هامش «الدُّر» نقلاً عن «المنح»، وقد راجعتُ «المنح» بخطِّ الشَّيخ محفوظ ابن المصنِّف رحمه الله تعالى، فوجدتُه تركَ لها بياضاً، ولم يُثبتْ شيئاً[٢]. وفي بعض النُّسَخ قال: السَّابعُ: الجنسُ بالجنس بالجيم والنون والسين، وفي ظاهرةٌ، وفي بعضها: الجنينُ، وظاهرُه: أنَّه يصحُّ إذا قَبضَه بعد الولادة، لكن نصَّ المصنِّفُ فيما يأتي: أنَّه لو وهبَ الحملَ وسلَّمَه لا يجوزُ؛ لأنَّ في وجوده احتمالاً، فصار كالمعدوم اهـ. فظهرَ أنَّهما نسختانِ: الأولى: الجنس بالجنس، والثَّانيةُ: الحبيسُ، وهي الموافقةُ لِمَا في نسختي «التُّحف»، لكنَّها داخلةٌ في الوقف؛ لأنَّ الحبيسَ من الخيل: الموقوفُ في سبيل الله تعالى كما في «القاموس»[٣]. فتأمَّل. ثم رأيتُ في «الخانيَّة» ما نصُّه: ولو قال: "هذه الدَّارُ لك حبيسٌ"، فدَفَعَها إليه؛ كان باطلاً في قول أبي حنيفةَ ومحمدٍ رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسفَ: هي هبةٌ جائزةٌ، وقولُه: حَبيسٌ أو رُقْبى باطلٌ. اهـ[٤].

(قوله: **لِأَنَّ الصَّرِيحَ أَقْوَى مِنَ الدِّلَالَةِ**) وهذا الصَّريحُ أفادَ الرُّجوعَ عن الهبة، قال شيخُ الإسلام: لأنَّ نهيَ الواهب الموهوبَ له عن القبض رجوعٌ عن الإيجاب؛ لأنَّ القبضَ في باب الهبة بمنزلة القبول في باب البيع، والبائعُ لو نهى المشتريَ عن القبول بعد الإيجاب كان ذلك رجوعاً منه عن الإيجاب دلالةً، فكذلك هذا. ولو رجعَ ثم قبضَ؛ لا

(١) «النتف»: ص٥١٣.

(٢) وكذا في نسختنا من: «منح الغفار»: ق٥٢٦/آ فيض الله.

(٣) «القاموس المحيط»: ص٥٣٧.

(٤) «الفتاوى الخانية»: ٢/ ١٦٤.

(وَتَتِمُّ) الهبةُ (بِالقَبْضِ) الكامل (وَلَوِ المَوْهُوبُ شَاغِلاً لِمِلْكِ الوَاهِبِ، لا مَشْغُولاً بِهِ)

يصحُّ قبضُه، فكذلك هذا. انتهى. والحاصلُ: أنَّه إن أذنَ بالقبض صريحاً صحَّ قبضُه في المجلس وبعده، ولو نهاهُ؛ لم يصحَّ قبضُه له في المجلس ولا بعده؛ لأنَّ الصَّريحَ أقوى من الدِّلالة، ولو لم يأذنْ ولم يَنْهَ؛ صحَّ قبضُه في المجلس لا بعده، ولو كان الموهوبُ غائباً فذهبَ وقبضَ: إن كان بإذنٍ صحَّ، وإلا لا. ذكره القهستانيُّ[1]. ط[2].

(قوله: وَتَتِمُّ الهِبَةُ بِالقَبْضِ الكَامِلِ) قدَّمْنا قريباً عن ابن الكمال بيانَه، وهو أنَّ قبضَ كلِّ شيءٍ بما يناسبُه... إلخ. قال في «الدُّرَر»: والقبضُ الكاملُ في المنقول بما يناسبُه، وفي العقار بما يُناسبُه، فقبضُ مفتاح الدَّار قبضٌ لها، والقبضُ الكاملُ فيما يَحتملُ القسمةَ بالقسمة، حتَّى يقعُ القبضُ على الموهوب بالأصالة من غير أن يكون بتبعيَّةِ قبض الكلِّ، وفيما لا يَحتملُ القسمةَ بتبعيَّة الكلِّ. اهـ[3]. وكذا الحكمُ من غير فرقٍ في الصَّدقة والقرض والرَّهن والبيع الفاسد؛ لأنَّها كالهبة في الافتقار إلى القبض كما في «المنبع». هذا الذي ذكره في هبة العين، أمَّا إذا وهبَ الدَّينَ؛ فإنَّه لم يَجتزْ ما لم يأذنْ في قبضه، وقبضُه في المجلس بحضرته لا يُجدي نفعاً كما في الشُّروح. وتقدَّم ذلك ويأتي. وفي «الخانيَّة»: وكَّلَ الموهوبُ له رجلينِ بقبضِ الدَّار، فقَبَضاها؛ جازَ[4].

(قوله: وَلَوِ المَوْهُوبُ شَاغِلاً لِمِلْكِ الوَاهِبِ لا مَشْغُولاً بِهِ) قال الشُّمنيُّ: ولو وهبَ داراً بمتاعها وسلَّمَها، فاستُحقَّ المتاعُ؛ صحَّت الهبةُ في الدَّار؛ لأنَّ الاستحقاقَ ظهرَ به أنَّ يدَه

---

(١) «جامع الرموز»: ص٤٢٩.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٥ عن مكي.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٨.

(٤) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٧٤.

....

في المتاع كانت يدَ غصبٍ، وصارَ كما لو غصبَ الدَّارَ والمتاعَ. وهبَ المالكُ له الدَّارَ، أو أودَعَه الدَّارَ والمتاعَ ثم وهبَ له الدَّارَ؛ فإنَّه يصحُّ، ولو وهبَ أرضاً وزرعَها وسلَّمها، فاستُحقَّ الزَّرعُ؛ بطلت الهبةُ في الأرض؛ لأنَّ الزَّرعَ مع الأرض بحكم الاتِّصال كشيءٍ واحدٍ، فإذا استُحقَّ أحدُهما صارَ كأنَّه استُحقَّ البعضُ الشَّائعُ فيما يَحتملُ القسمةَ، فتبطلُ الهبةُ في الباقي. اهـ.

وفي «الهنديَّة»: واشتغالُ الموهوب بملك غير الواهب هل يمنعُ تمامَ الهبة؟ ذكر صاحبُ «المحيط» في البابِ الأوَّل من هبة «الزيادات»: أنَّه لا يمنعُ، فإنَّه قال: لو أعارَ دارَه من إنسانٍ، ثمَّ المستعيرُ غَصبَ متاعاً ووَضعَه في الدَّار، ثم وهبَ المعيرُ الدَّارَ من المستعير؛ صحَّت الهبةُ في الدَّار، وكذلكَ لو أنَّ المعيرَ هو الذي غصبَ المتاعَ ووَضعَه في الدَّار، ثمَّ وهبَ الدَّارَ من المستعير؛ كانت الهبةُ تامَّةً وإن تبيَّنَ أنَّ الدَّارَ مشغولةٌ بما ليس بموهوبٍ؛ لِمَا أنَّها لم تكن مشغولةً بملك الواهب، وهو المانعُ من تمام الهبة. كذا في «الفصول العماديَّة»[1].

لو أودَعَه الدَّارَ والمتاعَ، ثم وهبَ الدَّارَ؛ صحَّت الهبةُ، فإن هلكَ المتاعُ ولم يُحوِّلْه، ثم جاءَ مستحقٌّ واستحقَّ المتاعَ؛ كان له أن يُضمِّنَ الموهوبَ له. وذكر ابنُ رُستم: أنَّ هذا قولُ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، أمَّا في قول أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لو استُحقَّ وسادةٌ منها تبطلُ الهبةُ في الدَّار. كذا في «التَّاترخانيَّة»[2]. ومثلُه في «البحر» عن «المحيط». اهـ[3].

(١) «فصول الأحكام»: الفصل التاسع والعشرون: ص٢٤٨- ٢٤٩ (ت: العمري).

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٣٢، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٠- ٣٨١.

(٣) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٥٠٣، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٧.

والأصلُ: أنَّ الموهوبَ إنْ مشغولاً بملك الواهب ....

لكن صرَّح في «زيادات قاضيخان»: أنَّ الاشتغالَ بملك غير الموهوب له يمنعُ صحَّةَ الهبة، سواءٌ كان ملكَ الواهب أو غيره، لكنَّ الهبةَ إنَّما تمتنعُ إذا كان الاشتغالُ بمتاعٍ في يد الواهب أو في يد غير الموهوب له، أمَّا إذا كان المتاعُ في يد الموهوب له بغصبٍ أو عاريةٍ أو غير ذلك؛ فلا تَمتنعُ، واستدلَّ عليه بمسائل الإجارة والغصب والاستحقاق. فظهرَ أنَّ الأصلَ: أنَّ الهبةَ إذا كانت مشغولةً بملكِ الواهب أو بملك غير الموهوب له تمنعُ الهبةَ إذا لم يكن في يدِ الموهوب له كما في «جامع الفصولين»[1]، وأقرَّه في «نور العين»[2]. فتأمَّلْ.

(قوله: **وَالأَصْلُ: أَنَّ المَوْهُوبَ إِنْ مَشْغُولاً بِمِلْكِ الوَاهِبِ مَنَعَ تَمَامَهَا، وَإِنْ شَاغِلاً لا**) عبارةُ «العماديَّة»: هبةُ الشَّاغل تجوزُ، وهبةُ المشغول لا تجوزُ، والأصلُ في جنس هذه المسائل: أنَّ اشتغالَ الموهوب بملك الواهبِ يمنعُ تمامَ الهبة؛ لأنَّ القبضَ شرطٌ، وأمَّا اشتغالُ ملك الواهب بالموهوب؛ فلا يمنعُ تمامَ الهبة. مثالُه: وهبَ جِراباً فيه طعامٌ لا تجوزُ، ولو وهبَ طعاماً في جِرابٍ جازتْ، وعلى هذا نظائرُه. اهـ[3].

قال الزَّيلعيُّ: واعلم أن الدَّارَ التي فيها المتاعُ والجُوالقَ الذي فيه الدَّقيقُ كالمشاع؛ لأنَّ الموهوبَ مشغولٌ بمتاع الواهب، حتَّى لو نزعَ وسلَّمَ صحَّ. اهـ[4]. وكلامُه يُعطي أنَّ هبةَ المشغول فاسدةٌ، والذي في «العماديَّة»: أنَّها غيرُ تامَّةٍ. قال السيدُ الحمويُّ في «حاشية الأشباه»: فيحتملُ أنَّ في المسألة روايتينِ، كما وقعَ الاختلافُ في هبة المشاع المحتمِلِ

---

(١) «جامع الفصولين»: الفصل الثلاثون: ٢/ ٤٢.

(٢) «نور العين»: الفصل التاسع والعشرون: ٢/ ٣٤٦.

(٣) «فصول الأحكام»: الفصل التاسع والعشرون: ص٢٤٨- ٢٤٩ (ت: العمري).

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٤.

منعَ تمامَها، وإنْ شاغلاً لا، ....

للقسمة: هل هي فاسدةٌ أو غيرُ تامَّةٍ؟ والأصحُّ ـ كما في «البناية» ـ: أنَّها غيرُ تامَّةٍ[1]، فكذلك هنا[2]. كذا بخطِّ شيخنا. ومنه يُعلمُ ما وقعتِ الإشارةُ إليه في «الدُّر المختار» حيث قال: (والأصلُ أنَّ الموهوبَ إن مشغولاً... إلخ)، فأشارَ إلى أحد القولين بما ذكرَه أوَّلاً من عدم التَّمام، وإلى القول الثَّاني بما ذكره آخِراً من عدم الصحَّة. فتدبَّرْ. أبو السُّعود[3].

واعلم أنَّ الضَّابطَ في هذا المقام: أنَّ الموهوبَ إذا اتَّصلَ بملك الواهب اتِّصالَ خِلْقةٍ وأمكنَ فصلُه؛ لا تجوز هبتُه ما لم يوجدِ الانفصالُ والتَّسليمُ، كما إذا وهبَ الزَّرعَ أو الثَّمرَ بدون الأرض والشَّجر أو بالعكس؟ وإن اتَّصلَ اتِّصالَ مجاورةٍ، فإن كان الموهوبُ مشغولاً بحقِّ الواهب لم يجزْ، كما إذا وهبَ السَّرجَ على الدَّابَّة؛ لأنَّ استعمالَ السَّرج إنَّما يكون للدَّابَّة، فكانت للواهب عليه يدٌ مستعملةٌ، فتُوجبُ نُقصاناً في القبض، وإن لم يكن مشغولاً جازَ، كما إذا وهبَ دابَّةً مُسرَجةً دون سرجها؛ لأنَّ الدَّابَّةَ تُستعملُ بدونه، ولو وهبَ الدابَّةَ وعليها حِملٌ؛ لم يجزْ؛ لأنَّها مُستعملةٌ بالحمل، ولو وهبَ الحملَ عليها دونَها جازَ؛ لأنَّ الحملَ غيرُ مستعملٍ بالدَّابَّة، ولو وهبَ داراً دون ما فيها من متاعه لم يجزْ، وإن وهبَ ما فيها وسلَّمَها دونها؛ جازَ. كذا في «المحيط»[4]. «شرح المجمع».

(قوله: مَنَعَ تَمَامَهَا) ولا يعدُّ قبضُها حينئذٍ قبضاً، وفاعلُ (منع) ضميرٌ يعودُ على الشُّغل.

(قوله: وَإِنْ شَاغِلاً لا) وذلك أنَّ المظروفَ يَشغلُ الظَّرفَ، وأمَّا الظَّرفُ؛ فلا يَشغلُ

(١) «البناية»: ١٠/ ١٦٩.

(٢) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٨٦.

(٣) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٨.

(٤) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٤٢.

فلو وَهبَ جِراباً فيه طعامُ الواهبِ، أو داراً فيها متاعُه، أو دابَّةً عليها سَرجُه، وسلَّمَها كذلكَ؛ لا تصحُّ، وبعكسه تصحُّ في الطَّعام والمتاعِ والسَّرْج فقط؛ لأنَّ كلّاً منها ....

المظروفَ. قال في «جامع الفصولين»: تجوزُ هبةُ الشَّاغل لا المشغول[1]. قال العلامةُ خيرُ الدِّين في «حاشيته عليه»: أقول: هذا ليس على إطلاقه، فإنَّ الزَّرعَ والشَّجرَ في الأرض شاغلٌ لا مشغولٌ، ومع ذلك لا تجوزُ هبتُه لاتِّصاله بها. تأمَّل. انتهى. وما في الضَّابط الذي ذكرنا كفايةٌ.

(قوله: فَلَوْ وَهَبَ جِرَاباً) بكسر الجيم، ومن لطائف الكلام: لا تَفتحِ الجِرابَ والخزانةَ، ولا تَكسرِ القنديلَ والقَصعةَ.

(قوله: وَتَصِحُّ فِي الطَّعَامِ... إلخ) كان عليه أن يقول: (يصحُّ القبضُ)؛ لأنَّ العقدَ صحيحٌ حتَّى في المشاع، وإنَّما الكلامُ في القبض، حتَّى لو وهبَ الكلَّ وسلَّمَ النِّصفَ لا يجوزُ، ولو وهبَ النِّصفَ ثمَّ الآخرَ، وسلَّمَ الكلَّ؛ يصحُّ القبضُ، ولو وهبَ الشَّاغلَ وسلَّمَ بالظَّرْف؛ صحَّ؛ لأنَّ اليدَ على المظروف يدٌ على المتبوع، فهي أقوى من قيام اليد على الظَّرْف؛ لأنَّه تابعٌ، كهبةِ أمةٍ بحُليٍ دونه؛ يصحُّ القبض فيها معه لا عكسه. وتعليلُ الشَّارح عليلٌ؛ لأنَّه علَّلَ الصِّحَّةَ في الشَّاغل دون المشغول بأنَّه شاغلٌ لا مشغولٌ. ويأتي قريباً ما هو أوضحُ من هذا. فتأمَّلْ.

(قوله: وَسَلَّمَهَا كَذَلِكَ لا تَصِحُّ) قال صاحبُ «جامع الفصولين»: فيه نظرٌ؛ إذ الدَّابَّةُ شاغلةٌ للسَّرْج واللِّجام لا مشغولةٌ. يقول الحقيرُ: صل ـ أي: «الأصل» ـ عكسَ في هذا[2].

(١) «جامع الفصولين»: ٢/ ٤٢.

(٢) «جامع الفصولين»: ٢/ ٤٢.

شاغلٌ لملك الواهبِ، لا مشغولٌ به؛ ....

والظَّاهرُ: أنَّ هذا هو الصَّوابُ، يؤيِّدُه ما في قاضيخان: وهبَ أمةً لرجلٍ عليها حُليٌ وثيابٌ وسلَّمَها؛ جازَ، وكذا الصَّدقةُ، ويكونُ الحليُ وما فوق ما يَسترُ عورتَها من الثِّياب للواهب لمكان العُرْف. ولو وهبَ الحليَ والثِّيابَ دونها لا يجوزُ حتَّى ينزِعَهما ويدفعَهما إلى الموهوب له؛ لأنَّها ما داما عليها يكون تبعاً لها ومشغولاً بالأصل، فلا تجوزُ هبتُه[1]. «نور العين»[2]. وفي «البحر» عن «المحيط»: إن وهبَ داراً فيها متاعٌ وسلَّمَها كذلكَ، ثم وهبَ المتاعَ منه أيضاً؛ جازتْ في المتاع خاصَّةً، وإن بدأ فوهبَ له المتاعَ وقبضَ الدَّارَ والمتاعَ، ثم وهبَ الدَّارَ؛ جازت الهبةُ فيهما؛ لأنَّه حين هبةِ الدَّار لم يكن للواهب فيها شيءٌ، وحين هبةِ المتاع في الأولى زال المانعُ عن قبض الدَّار، لكن لم يوجدْ بعد ذلك فعلٌ في الدَّار ليَتمَّ قبضُه فيها، فلا يَنقلبُ القبضُ الأوَّلُ صحيحاً في حقِّها. انتهى[3].

(قوله: **شَاغِلٌ لِمِلْكِ الوَاهِبِ لا مَشْغُولٌ بِهِ**) أقول: الذي في «البحر» و«المنح» وغيرهما تصويرُ المشغول بملك الغير بما إذا ظهرَ المتاعُ مُستحَقّاً، أو كان غَصبَه الواهبُ أو الموهوبُ له[4]. قال في «الزِّيادات»: جاز هبةُ المشغول بملكِ غير الواهب، فلو أعارَ بيتاً، فوضعَ فيه المعيرُ أو المستعيرُ متاعاً غَصبَه، ثمَّ وهبَ البيتَ من المستعير؛ جازَ، وكذا لو وهبَ بيتاً بما فيه، أو جُوالقَ بما فيه من المتاع وسلَّمَه، ثم استُحقَّ المتاعُ؛ جاز في الدَّار والجُوالق؛ إذ يد الواهب كانت ثابتةً على البيت والمتاع جميعاً حقيقةً، فصحَّ التَّسليمُ،

(١) «نور العين»: الفصل التاسع والعشرون: ٢/ ٣٤٤.

(٢) «جامع الفصولين»: ٢/ ٦٣.

(٣) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٥٠٣، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٧.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٧، «منح الغفار»: ق٥٢٦/ ب فيض الله.

لأنَّ شَغلَه بغير ملكِ واهبه لا يمنعُ تمامَها كرهنٍ وصدقةٍ؛ لأنَّ القبضَ شرطُ تمامها. وتمامُه في «العماديَّة»[1] ....

ثمَّ بالاستحقاق ظهرَ أنَّ المتاعَ لغيره، ولم يظهرْ أنَّ البيتَ مشغولٌ بملك الواهب، وهو المانعُ. وكذا الرَّهنُ والصَّدقةُ؛ إذ القبضُ شرطُ تمامها كالهبة. وقدَّمْنا تمامَه عن «جامع الفصولين»، وأقرَّه «نور العين» كما علمتَ، فلا تنسَه.

(قوله: لِأَنَّ شُغْلَهُ بِغَيْرِ مِلْكِ وَاهِبِهِ) هذا تعليلٌ لمفادٍ من كلام المصنِّف، كأنَّه يقول: وإنَّما قيَّدَ عدمَ التَّمام بكونه مشغولاً بملك الواهب؛ لأنَّ شغلَه... إلخ. وفي نسخةٍ: (لا شغله) أي: لا يمنع تمامَها شُغلُه... إلخ، وعليها يضيعُ فائدةُ قوله: (لا يمنعُ تمامها). ط[2].

أقول: ولعلَّ في عبارة الشَّارح سقطاً، وهو قيدُ الشُّغلِ بملك الواهب... إلخ. ثمَّ رأيتُ المصنِّفَ ذكر هذه المسألةَ حيث قال: واشتغالُ الموهوب بملك غير الواهب هل يمنعُ تمامَ الهبة؟ ذكر صاحبُ «المحيط» في الباب الأوَّل من هبة «الزِّيادات»: أنَّه لا يمنعُ... إلى آخر ما قدَّمناه قريباً عن «الهندية»، وهو سالمٌ من النَّقْد.

(قوله: كَرَهْنٍ وَصَدَقَةٍ) فإنَّهما لا يَتمَّان إلا بالقبض الكامل، ويضرُّ كونُه مشغولاً بملك الرَّاهن والمتصدِّق، لا شاغلاً لهما، فالتَّشبيهُ راجعٌ إلى كلام المصنِّف. قال في «المنح»: وكلُّ جوابٍ عرفتَه في هبة الدَّار والجُوالق بما فيها من المتاعِ؛ فهو الجوابُ في الرَّهن والصَّدقة؛ لأنَّ القبضَ شرطُ تمامها كالهبة. انتهى[3]. أي: كما أنَّ شُغلَ الرَّهن والصَّدقة بملك غيرِ الرَّاهن وغير المتصدِّق لا يمنعُ تمامَها كما في «المحيط» وغيره. مدني.

(١) «فصول الأحكام»: الفصل التاسع والعشرون: ص٢٤٦- ٢٤٩ (ت: العمري).

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٥.

(٣) «منح الغفار»: ق٥٢٦/ب فيض الله عن صاحب «المحيط» في الباب الأول من هبة «الزيادات».

وفي «الأشباه»: هبةُ المشغولِ لا تجوزُ إلا إذا وهبَ الأبُ لطفلِه.

(قوله: وَفِي «الأَشْبَاهِ»: هِبَةُ المَشْغُولِ لا تَجُوزُ[1]... إلخ) قال الحمويُّ: وذلك كما لو كان لرجلٍ دارٌ وفيها أمتعةٌ، فوَهبَها من رجلٍ؛ لا يجوزُ؛ لأنَّ الموهوبَ مشغولٌ بما ليس بموهوبٍ، فلا يصحُّ التَّسليمُ. فرقٌ بين هذا وبين ما إذا وهبتِ المرأةُ دارَها من زوجها وهي ساكنةٌ فيها ولها أمتعةٌ فيها والزَّوجُ ساكنٌ معها حيث يصحُّ، والفرقُ: أنَّها وما في يدها في الدَّار في يده، فكانت الدَّارُ مشغولةً بعياله، وهذا لا يمنعُ صحَّةَ قبضه. كذا في «الولوالجيَّة»[2]. انتهى[3]. وقد أوضحَ المقامَ في هذه المسألة سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللَّهُ في «تنقيحه»[4]، فراجعْه إن شئتَ.

(قوله: إِلَّا إِذَا وَهَبَ الأَبُ لِطِفْلِهِ) كأن وهبَه داراً والأبُ ساكِنُها أو له فيها متاعٌ؛ لأنَّها مشغولةٌ بمتاع القابض، لكنَّه مخالفٌ لِمَا في «الخانيَّة»، فقد جزمَ أوَّلاً بأنَّه لا تجوزُ، ثمَّ قال: وعن أبي حنيفةَ في «المجرَّد»: تجوزُ ويصيرُ قابضاً لابنه[5]. تأمَّلْ. قال في «الولوالجيَّة»: رجلٌ تصدَّقَ على ابنه الصَّغير بدارٍ والأبُ ساكِنُها، قال الإمامُ: لا يجوزُ، وقال أبو يوسفَ: يجوزُ، وعليه الفتوى. انتهى. لأنَّ الشَّرطَ قبضُ الواهب هبتَها، وكونُ الدَّار مشغولةً بمتاع الواهب لا يمنعُ قبضَ الواهب. وفي «البزَّازيَّة»: وهبَ لابنه الصَّغير داراً وفيها متاعُ الواهب، أو تصدَّقَ لابنه الصَّغير بدارٍ وفيها متاعُ الأب والأبُ ساكنٌ فيها؛ يجوزُ، وعليه

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٣.

(٢) «الفتاوى الولوالجية»: ٣/ ١١٧.

(٣) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٨٦.

(٤) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٨٦- ٨٨.

(٥) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٧٨.

قلتُ: وكذا الدَّارُ المعارةُ، ....

الفتوى، أو أسكَنَها غيرَه بلا أجرٍ[1]. والأمُّ كالأب لو ميتاً والابنُ في يدها وليس له وصيٌّ، وكذا مَنْ يعولُه. والصَّدقةُ في هذا كلِّه كالهبة كما في «التَّبيين»[2]. ويُفهمُ من قوله: "بلا أجرٍ": أنَّ الغيرَ لو كان يسكُنُها بالأجر لم تجزِ الصَّدقةُ، وبه صرَّحَ البزَّازيُّ[3]، ووجَّهَه في «الذَّخيرة»: بأنَّه إذا كان يسكُنُها بأجرٍ فيدُه على الموهوب ثابتةٌ بصفة اللُّزوم، فيمنعُ قبضُ غيره تمامَ الهبة، بخلاف ما إذا كان بغير أجرٍ. اهـ[4].

(قوله: قُلْتُ: وَكَذَا الدَّارُ المُعَارَةُ) بأنَّ أعارَ دارَه إنساناً، ثمَّ إنَ المستعيرَ أو المعيرَ غصبَ متاعاً ووضعَه في الدَّار، ثمَّ وهبَ المعيرُ الدَّارَ من المستعير؛ صحَّت الهبةُ في الدَّار؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّ الشَّاغلَ ملكُ غير الواهب. ط[5]. وقدَّمْنا قريباً نحوَه عن «الزِّيادات». ونقلَ في «الخانيَّة»: بما لو[6] وهبَ طفلَه داراً يسكنُ فيها قومٌ بغير أجرٍ؛ جازَ ويصيرُ قابضاً لابنه، لا لو كان بأجرٍ، وهو مُستدركٌ بأنَّ الشُّغلَ هنا بغير ملك الواهب[7]، والمرادُ: شغلُه بملكه، وكأنَّ الشَّارحَ قصدَ به تكملةَ عبارة «الأشباه»، وعليه فما نقلَه في «الخانيَّة» أَوْلى. وانظر إذا وَهبَها لغير الصَّغير: هل يصحُّ؟ تقدَّم أنَّ شغلَها بملك غير الواهب لا يمنعُ تمامَها. فتأمَّلْ..

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٤.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٦.

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٤.

(٤) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١٣٥.

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٥.

(٦) في هامش بولاق: (قوله: بما لو، هكذا بالأصل).

(٧) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٧٨.

والتي وَهَبَتْها لزوجِها على المذهبِ؛ لأنَّ المرأةَ ومَتاعَها في يد الزَّوج، فصحَّ التَّسليمُ، وقد غيَّرتُ بيتَ «الوهبانيَّة» فقلتُ:

وَمَنْ وَهَبَتْ لِلزَّوْجِ داراً لَهَا بِهَا   مَتَاعٌ وَهُمْ فِيهَا تَصِحُّ المُحَرَّرُ

وفي «الجوهرة»: وحيلةُ هبةِ المشغول: أن يُودِعَ الشَّاغلَ أوَّلاً عند الموهوب له، ثمَّ يُسلِّمَه الدَّارَ مثلاً، فتصحُّ؛ لشَغلِها بمتاعٍ في يده.

(قوله: وَالَّتِي وَهَبَتْهَا لِزَوْجِهَا) تقدَّمتْ صورَتُها قريباً من أنَّها تصحُّ الهبةُ، وهو المذهبُ، خلافاً لِمَا عن أبي يوسفَ من أنَّه لا يجوزُ؛ لأنَّ يدَ الواهب ثابتةٌ على الدَّار كما في «الذَّخيرة»[1].

(قوله: المُحَرَّرُ) أي: هذا هو المحرَّرُ المعوَّلُ عليه، وبيتُ الأصل:

وَمَنْ وَهَبَتْ لِلزَّوْجِ داراً لَهَا بِهَا   مَتَاعٌ وَهُمْ فِيهَا فَقَوْلَانِ يُزْبَرُ[2]

(قوله: أَنْ يُودِعَ الشَّاغِلَ أَوَّلاً) قال في «الجوهرة»: ولو وهبَ داراً فيها متاعُ الواهب وسلَّمَ الدَّارَ إليه، أو سلَّمَها مع المتاع؛ لم يصحَّ، والحيلةُ فيه: أن يُودعَ المتاعَ أوَّلاً عند الموهوب له، ويخليَ بينه وبينه، ثمَّ يسلمَ الدَّارَ إليه، فتصحُّ الهبةُ، وبعكسه لو وهبَ المتاعَ دون الدَّار وخلَّى بينه وبينه؛ صحَّ، وإن وهبَ له الدَّارَ والمتاعَ جميعاً وخلَّى بينه وبينهما؛ صحَّ فيهما جميعاً[3].

(قوله: ثُمَّ يُسَلِّمَهُ الدَّارَ) فلو سلَّمَها ثمَّ وهبه المتاعَ؛ صحَّ فيه خاصَّةً، ولو عكسَ صحَّ فيهما، أي: لأنَّ اليدَ إذا كانت على المظروف تكون على الظَّرْف، بخلاف العكس.

---

(١) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١١٤.

(٢) «قيد الشرائد»: البيت: ٦٠٦: ص١٥٦.

(٣) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٢٦.

(فِي) متعلِّقٌ بـ"تتمُّ" (مَحُوزٍ) مُفرَغٍ، (مَقْسُومٍ،وَمَشَاعٍ ....

وأقول: هذا مشكلٌ جدّاً؛ لأنَّه لَمَّا صحَّ في المظروف؛ لِمَ لا يصحُّ في الظَّرْف تبعاً مع أنَّ عقدَ الهبة الأولى باقٍ؟! إلا أن يقال: هذا قولُ من جعلَ أنَّ القبضَ في الهبة الفاسدة غيرَ مفيدٍ للملك، بل عليه الضَّمانُ، فصارتْ يدُه يدَ ضمانٍ، فلا تَرتفعُ بيد الهبة التي هي عقدُ تبرُّعٍ، خصوصاً وأنَّ القبضَ فيه تَبَعِيٌّ. وأمَّا على القول بأنَّ هذا القبضَ غيرُ موجبٍ للضَّمان؛ فيجب أن يصحَّ العقدُ والقبضُ في المشغول لو وهبَه الشَّاغلُ الذي في يده أمانةً بعد ذلك.

(قوله: مُتَعَلِّقٌ بِـ"تَتِمُّ") الأَوْلى أن يُؤخِّرَه بعد قوله: (محوز)؛ لأنَّ المتعلِّقَ المجرورُ.

(قوله: مَحُوزٍ) أي: مجموعٌ، المرادُ به: أن يكون مفرَّغاً عن ملك الواهب وحقِّه، واحترزَ به عن هبة التَّمَر على النَّخل. اهـ «درر»[1]. وكصوفٍ على غنمٍ، وزرعٍ في أرضٍ، فقولُه: (مفرغ) تفسيرٌ لـ(محوز)، إلا أنَّ فيه شائبةَ تكرارٍ مع قوله: (لا مشغولاً به)، والأَوْلى أن يُفسَّرَ المحوزُ بالمجموع؛ لأنَّه من: حازَه إذا جَمعَه لأجل أن يَظهرَ لقوله: (متميِّزاً) فائدةٌ، فإنَّه أفادَ به أنَّه لو حازَه غيرَ مقسومٍ بأن حازَ التَّمرَ مع النَّخل لا تتمُّ به الهبةُ، بل حتَّى يُقسمَ. وفي «القاموس»: الحَوزُ: الجمعُ وضمُّ الشَّيء، كالحيازة والاحتياز. اهـ المرادُ منه[2]. ط[3].

(قوله: وَمَشَاعٍ) أي: غير مقسومٍ، في «الصحاح»: سهمٌ شائعٌ أي: غيرُ مقسومٍ[4].

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٨.

(٢) «القاموس المحيط»: ص٥٠٩.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٦.

(٤) «الصحاح»: ص١٢٤٠.

....

واعلم أنَّ الشَّائعَ على قسمين: شائعٌ يَحتملُ القسمةَ كنصف الدَّار ونصفِ البيت الكبير، وشائعٌ لا يحتمِلُها كنصفِ قِنٍّ ورحىً وحمَّامٍ وثوبٍ وبيتٍ صغيرٍ، والفاصلُ بينهما حرفٌ واحدٌ، وهو أنَّ القاضيَ لو أجبرَ أَدَ الشَّريكين على القسمة بطلب الآخر؛ فهو من القسم الأوَّل، ولو لم يُجبِرْ؛ فهو من الثَّاني؛ إذ الجبرُ آيةُ القبول. وأمَّهاتُ مسائل الشُّيوع سبعٌ: بيعُ الشَّائع، وإجارتُه، وإعارتُه، ورهنُه، وهبتُه، وصدقتُه. ووقفُه. أمَّا هبتُه فيما لا يَحتملُ القسمةَ جائزةٌ من شريكه ومن غيره، وفيما يَحتملُها لم تجزْ من شريكه ولا من أجنبيٍّ، وفي «شرح الغزي»: وفي الزَّاهد العتَّابيّ: إنَّها تجوزُ. أقول: وفي «الفتاوى التَّاجيَّة»: إنَّها تجوزُ من شريكه، قال: وهو المختارُ. اهـ. ولا يخفى عليك أنَّه خلافُ المشهور اهـ كلامُ الغزيِّ. أفاده خيرُ الدِّين الرَّمليُّ[1].

وطُروُّ الشُّيوع لا يُفسدُ الهبةَ بالاتِّفاق، ولو وهبَ الكلَّ من اثنينِ، فإن أجملَ بأن قال: وهبتُ منكما؛ لم يجزْ عند ح، وعند سم: يجوزُ. ولو فصَّلَ بالتَّنصيف؛ فهو على هذا الخلاف، ولو بالتَّثليث؛ يجوزُ عند م، لا عندهما. وتقدَّمتْ. هد: وَهَبا من واحدٍ داراً؛ جاز إذا سلَّماهُ جملةً وقبضَ جملةً، فلا شيوعَ. ولو وَهبَه واحدٌ من اثنينِ؛ لم يصحَّ عند ح، وقالا: يصحُّ؛ لأنَّ هذه هبةَ الجملة منهما لتوحُّدِ التَّمليك، فلا شُيوعَ كرهنٍ من رجلينِ. وله: إنَّها هبةُ النِّصف لكلٍّ منهما، وكذا لو فيما لا يُقسمُ فقبلَ أحدُهما؛ صحَّ؛ لأنَّ الملكَ ثبتَ لكلٍّ في النِّصف، فكذا التَّمليكُ؛ لأنَّه حُكمُه، فتحقَّقَ الشُّيوعُ، بخلاف

---

(١) «اللآلئ الدرية»: الفصل الحادي والثلاثون: ٢/ ٦٢ (بهامش جامع الفصولين).

الرَّهن؛ لأنَّ حكمَه الحبسُ، وهو ثبت لكلٍّ منهما كَمَلاً؛ إذ لا تَضايُقَ فيه. ولذا لو قضى دَيْنَ أحدهما لا يَستردُّ شيئاً من الرَّهن، ولو نصَّ على التَّبعيض؛ لم يجزْ عند حس، وفي التَّنصيف روايتانِ عند س. ولو رهنَ عند رجلينِ ونصَّ على الأبعاض؛ لم يجزْ وِفاقاً. ولو وهبَ مشاعاً تفسدُ، فلو قَسمَه وسلَّمَه جاز؛ إذ تمامُه بالقبض، وعنده: لا شُيوعَ فقط. قال لهما: "وهبتُ لكما هذه الدَّارَ لذا نصفُها ولذا نصفُها"؛ لم يجزْ، ولو وهبَ لهما درهماً؛ فالصَّحيحُ: أنَّه يجوزُ. وهبةُ المشاع الفاسدةُ لا تفيدُ الملكَ ولو قبضَ الجملةَ، فروي عن ح: ولو وهبَ دقيقاً في بُرٍّ، أو دهناً في سِمسمٍ، أو سَمْناً في لبنٍ؛ لم يجزْ؛ إذ الموهوبُ معدومٌ، ولذا لو استخرجَه الغاصبُ يملِكُه، ولو طحنَ وسلَّمَ؛ لم يجزْ، بخلاف المشاع. والفرقُ: أن المشاعَ محلٌّ للتَّمليك، والخللُ في القبض، ويزولُ بالقسمة، وبخلافِ ما إذا وهبَ لبناً في ضَرعٍ، أو صوفاً على ظهر غنمٍ، أو نخلاً أو زرعاً في أرضٍ، أو ثمراً في شجرٍ، أو أرضاً فيها نخلٌ أو زرعٌ دونهما، أو داراً أو ظرفاً فيها متاعُ الواهب؛ لزوال الخلل بالتَّفريغ. والفرقُ بين لبنٍ في ضرعٍ وبين هبةِ ولدٍ في بطنٍ، فإنَّها لم تجزْ بتسليمه بعد الولادة في الصَّحيح؛ إذ لا يمكن الوقوفُ على الولد؛ إذ ليس في وُسْعه، فيكون كتعليقه بالخطر، ويمكن الوقوفُ على اللَّبَن بالحلب؛ لأنَّه في وُسْعه، فكان كتأخير. هذه الجملةُ في هد.

والتَّصدُّقُ بالشَّائع كهبتِه في كلِّ ما مرَّ، إلا أنَّه لو وهبَ من اثنينِ ما يقبلُ القسمةَ لم يجزْ عند أبي حنيفةَ روايةً واحدةً من غير اختلافٍ على قوله، وفي الصَّدقة اختلفَ المشايخُ على قوله، فقيل: لا يجوزُ، وقيل: فيه روايتانِ: لا يجوزُ على رواية «الأصل»، ويجوزُ

على رواية «الجامع الصَّغير»[1]، وهو الصَّحيحُ. كذا حش. وفي هد: لو تصدَّقَ بعشرةِ دراهمَ على محتاجينَ يجوزُ، وكذا لو وَهبَها لهما. ولو تصدَّقَ بها على غنيَّيْن أو وَهبَها لهما لم يجزْ، وقالا: يجوزُ لغنيَّيْن أيضاً. فرَّقَ بين الهديَّة والصَّدقة في الحكم، وسوَّى في الأصل، وقال: إذ الشُّيوعُ مانعٌ فيهما؛ لتوقُّفِهما على القبض، والفرقُ: أنَّ الصَّدقةَ يرادُ بها وجهُ الله تعالى، وهو واحدٌ، فلا شُيوعَ، ويرادُ بالهبة وجهُ الغنيِّ، وهما اثنانِ. وقيل: هذا هو الصَّحيحُ، والمرادُ بما ذَكرَ في «الأصل»: التَّصدُّقُ على غنيَّيْن فقط. و

الأظهرُ: أنَّ في المسألة روايتين. بخ: قيل: جازَ التَّصدُّقُ على غنيَّيْن؛ لأنَّهما محلُّ صدقة التَّطوُّع. مق: لا تجوزُ، وعند س: تجوزُ بشرط المساواة، وعند م: تجوزُ في الحالين. «جامع الفصولين»[2]. وتمامُ تفاصيل المشاع وما يتعلَّقُ به فيه في الفصل الحادي والثَّلاثين، فراجعْه إن شئتَ، وقد مرَّ بعضُ ما ذكرناهُ ويأتي بعضُه.

قال في «البحر»: وأمَّا إجارتُه، فإن كان من شريكه؛ فهو جائزٌ، وإن من أجنبيٍّ؛ لا يجوزُ مطلقاً عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهي فاسدةٌ على قوله، فيجب أجرُ المثل على الأصحِّ، خلافاً لمن قال ببُطْلانها، فلم يوجبْ شيئاً. وأمَّا الشُّيوعُ الطَّارئُ؛ ففي ظاهر الرِّواية: لا يُفسدُ الإجارةَ. وأمَّا إعارتُه؛ فجائزةٌ إن كانت من شريكه، وإلا فإن سلَّمَ الكلَّ؛ فهي إعارةٌ مُستأنفةٌ للكلِّ، وإلا لا يُجبرُ. وأمَّا رهنُه؛ فهو فاسدٌ فيما يَنقسمُ أو لا، من شريكِه أو من أجنبيٍّ، بخلاف الرَّهن من اثنين، فإنَّه جائزٌ. وأمَّا وقفُه؛ فهو جائزٌ عند أبي يوسفَ خلافاً

(١) «الجامع الصغير»: ص٢٣٨.

(٢) «جامع الفصولين»: الفصل الحادي والثلاثون: ٢/ ٦٢- ٦٣.

لمحمدٍ فيما يحتمِلُها، وإن كان مما لا يحتمِلُها؛ فجائزٌ اتِّفاقاً، وأفتى الكثيرُ بقول محمدٍ، واختارَ مشايخُ بلخ قولَ أبي يوسفَ. وأمَّا وديعتُه؛ فجائزةٌ، وتكون مع الشَّريك. وأمَّا قرضُه؛ فجائزٌ، كما إذا دفعَ إليه ألفاً وقال: خمسُمائةٍ قرضٌ وخمسُمائةٍ شركةٌ. كذا في «النِّهاية» هنا[١]. وأمَّا غصبُه؛ فمُتصوَّرٌ، قال البزَّازيُّ: وعليه الفتوى[٢]، وذكرَ له في «الفصول» صوراً[٣]. وأمَّا صدقتُه؛ فكهبته، إلا إذا تصدَّقَ بالكلِّ على اثنينِ؛ فإنَّه يجوزُ على الأصحِّ.

وإذا عُرِفَ هذا فهبةُ المشاع فيما لا يَنقسمُ تفيدُ الملكَ للموهوبَ له على وجهٍ لا يَستحقُّ المطالبةَ بالقسمة؛ لأنَّها لا تُمكنُ، وأمَّا المهايأةُ؛ فلا تجبُ في ظاهر الرِّواية؛ لأنَّها إعارةٌ، فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما يصيرُ مُعيراً نصيبَه من صاحبه، والجبرُ على الإعارة غيرُ مشروعٍ. وفي روايةٍ: يجبُ[٤]، وهو الذي يفيدُه كلامُ الزَّيلعيِّ[٥]؛ لأنَّها قسمةُ المنافع، والتَّبرُّعُ وقعَ في العين، فيكون إيجاباً في غير ما تبرَّعَ به، فلا يُبالى به، وإنَّما المحظورُ الإيجابُ في عين ما تبرَّعَ به. وقال قاضي زاده بعد نقل أنَّ المهايأةَ لا تجبُ مع علَّتِه عن صاحب «غاية البيان»: لعلَّ هذا الجوابَ غيرُ صحيحٍ؛ لأنَّ التَّهايؤَ يجب ويجري فيه جبرُ القاضي إذا طَلَبَه أحدُ الشُّرَكاء، لا سيَّما فيما لا يُقسمُ. نصَّ عليه في عامَّة الكتب[٦]. وأمَّا دعوى الشَّائع إذا ادَّعى رجلٌ ثلاثةَ أسهمٍ من عشرة أسهمٍ من دارٍ وقال: هذه الثَّلاثةُ الأسهمُ من العشرة الأسهم

(١) «النهاية»: ٩/ ١٠١ ط العلمية.

(٢) «الفتاوى البزازية»: كتاب الغصب: ٢/ ٢٩٩.

(٣) «فصول الأحكام»: الفصل التاسع والعشرون: ص٣٧٠- ٣٧١ (ت: العمري).

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٦.

(٥) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٤.

(٦) «نتائج الأفكار»: ٩/ ٣٢ (تكملة فتح القدير).

لا) يبقى مُنتفَعاً به بعد أن (يُقْسَم) ....

من الدَّار المحدودة ملكي وحقِّي وفي يد هذا الرَّجل بغير حقٍّ، ولم يذكرْ أنَّ جميعَ هذه الدَّار في يده، وكذلكَ لم يَشهدْ شهودُه أنَّ جميعَ هذه الدَّار في يده، فإنَّ الدَّعوى صحيحةٌ والشَّهادةَ مقبولةٌ. وأمَّا استحقاقُ الشَّائع إذا استُحقَّ نصفُ الدَّار شائعاً أو ثُلُثُها أو رُبعُها؛ فالمشتري بالخيار عندنا: إن شاءَ ردَّ ما بقيَ ورجعَ بكلِّ ثمنه، وإن شاءَ أمسكَ ما بقيَ ورجعَ بثمنه على بائعه. انتهى بزيادةٍ.

(قوله: لا يَبْقَى مُنْتَفَعاً بِهِ بَعْدَ أَنْ يُقْسَمَ) أي: ليس من شأنه أن يُقسمَ، بمعنى: أنَّه لا يبقى مُنتفعاً به بعد القسمة أصلاً، كعبدٍ واحدٍ ودابَّةٍ واحدةٍ، أو لا يبقى مُنتفعاً به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة، كالبيت الصَّغير والحمَّام الصَّغير. انتهى «درر»[1].

أي: فإنَّ البيتَ الصَّغيرَ إذا قُسِمَ ربَّما يُنتفعُ به مخزناً أو مَربِطاً للحمار، ولكنَّه لا يُنتفعُ به للبيتوتة كالانتفاع السَّابق، فهو مما لا يُقسمُ، فيصحُّ هبةُ بعضه مشاعاً، وكذا الحمَّامُ الصَّغيرُ إذا قُسمَ يمكنُ أن يُجعلَ بيتاً أو مربطاً للدَّوابِّ، ولكن لا يمكن أن يبقى حمَّاماً كما كان، فهو مما لا يُقسمُ، بخلاف الحمَّام الكبير الذي يُمكنُ أن يُقسمَ ويجعلَ له مَوقدٌ ثانٍ أو أكثرُ، فإنَّ هبةَ بعضه مشاعاً لا تصحُّ، واحتياجُه إلى موقدٍ ثانٍ لا يُخرجُه عن كونه قابلاً للقسمة، حيث أمكن أن يَتَّخذ له موقداً، كالمقسم الذي يحتاجُ إلى طريقٍ أو مسيلٍ، ويمكن فيه ذلكَ، فإنَّه قابلٌ للقسمة، فكذا هذا. وفي أوَّل كتاب القسمة من «البزازيَّة»: لا يُقسمُ حمَّامٌ وحائطٌ وبيتٌ ودُكَّانٌ صغيرٌ؛ لأنَّه لو قُسمَ لا يبقى لكلٍّ فائدةٌ وانتفاعٌ فيما يخصُّه، وإن بقيَ فائدةٌ؛ يُقسمُ بينهما. اهـ[2].

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٨.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٢٧٧.

قال في «الحامديَّة»: لا يُقسمُ الحمَّامُ والحائطُ والبيتُ الصَّغيرُ والدكَّانةُ الصَّغيرةُ، وهذا إذا كان بحالٍ لو قُسمَ لا يبقى لكلِّ واحدٍ بعد القسمة موضعٌ يعملُ فيه، وإن كان؛ فيُقسمُ. «خزانة الفتاوى»[1]. ومثلُه في «الخلاصة» و«البزَّازيَّة»[2]. انتهى[3].

أقول: وعليه فينبغي أن يُقيَّدَ الحمَّامُ بالصَّغير، خلافاً لِمَا فهمَه الحلبيُّ من أنَّ الحمَّامَ لا يُقسمُ مطلقاً، وفسَّرَ سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللَّهُ الحمَّامَ الكبيرَ: بما إذا كان له خِزانتانِ، والرَّحى بما إذا كانت ذات حجرَيْن[4]. فتأمَّل. وإنَّما صحَّ فيه الهبةُ؛ لأنَّ القبضَ لا يُتصوَّرُ فيه إلا بالقبضِ النَّاقص، وهو قبضُ الكلِّ، فاكتُفي به. قال في «البحر»: هبةُ المشاع فيما لا يُقسمُ تفيدُ الملكَ للموهوب له على وجهٍ لا يَستحقُّ المطالبةَ بالقسمة؛ لأنَّها لا تُمكنُ، وأمَّا المهايأةُ؛ فلا تجبُ في ظاهر الرِّواية، وفي روايةٍ: تجبُ. انتهى[5]. وقدَّمْنا قريباً أنَّ التَّهايؤَ يجبُ ويجري فيه جبرُ القاضي إذا طَلَبَه أحدُ الشُّركاء، لا سيَّما فيما لا يُقسمُ. نصَّ عليه في عامَّة الكتب. فلا تنسَه. وفي «البحر»: ويُشترطُ في صحَّة هبةِ المشاع الذي لا يحتمِلُها أن يكون قدراً معلوماً، حتَّى لو وهبَ نصيبَه من عبدٍ ولم يعلمْ به؛ لم يجزْ؛ لأنَّها جهالةٌ توجبُ المنازعةَ. اهـ[6]. قال في «الهنديَّة»: لو وهبَ نصيبَه من عبدٍ ولم يعلمْ به؛ لم يجزْ، فإن عَلمَه الموهوبُ له ينبغي أن يجوزَ عند الإمام دونهما[7]. وفيها قبل ذلك: جميعُ ما

(١) «خزانة الفتاوى»: كتاب القسمة: ق٢١٥/ ب فيض الله.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٣.

(٣) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: كتاب القسمة: ٢/ ١٧٧.

(٤) «رد المحتار»: كتاب القسمة: ١٥/ ٦٧٤.

(٥) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٦.

(٦) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٦.

(٧) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٨.

كبيتٍ وحمَّامٍ صغيرَيْن؛ لأنَّها(لا) تتمُّ ....

أملِكُه لفلانٍ؛ يكون هبةً لا تجوزُ بدون القبض[١]. وفي «منية المفتي»: قال: "وهبتُ نصيبي من هذه الدَّار والموهوبُ له لا يَعلمُ كم نَصيبُه"؛ صحَّتْ. اهـ. ولعلَّ المتفاحشَ جهالتُه لا تصحُّ هبتُه، كقوله: "وهبتُكَ شيئاً مِن مالي أو مِن كذا". وفي «التَّاترخانيَّة»[٢] مثلُ ما في «المنية». فتأمَّلْ.

(قوله: كَبَيْتٍ وَحَمَّامٍ صَغِيرَيْنِ) الحدُّ الفاصلُ بين ما يَحتملُ القسمةَ وبين ما لا يحتمِلُها: أنَّ ما لا يبقى مُنتفعاً به بعد القسمة أصلاً كعبدٍ واحدٍ ودابَّةٍ واحدةٍ، أو لم يُنتفعْ بها انتفاعاً قبل القسمة كالحمَّام والطَّاحونة والبيت الصَّغير؛ فإنَّها لا تصحُّ، وكلُّ ما يُوجبُ قسمتُه نُقصاناً؛ فهو مما لا يُقسمُ، وإلا فممَّا يُقسمُ. واختارَ الأوَّلَ أكثرُ الشرَّاح، والثَّاني صاحبُ «الذخيرة». فإذا وهبَ درهماً صحيحاً لرجلَيْن لا يصحُّ؛ لأنَّ تنصيفَ الدِّرهم لا يوجبُ نقصاناً، فهو مما يُقسمُ، والصَّحيحُ: أنَّه يصحُّ؛ لأنَّ الصَّحيحَ لا يُكسرُ عادةً، فهو مما لا يُقسمُ. انتهى. وذكره الشَّارحُ آخرَ الباب. فتأمَّلْ.

(قوله: لِأَنَّهَا لَا تَتِمُّ) لا موقعَ لهذا التَّعليل إلا بتقدير: وإنَّما قيَّدْنا بمشاعٍ لا يُقسمُ لأنَّها... إلخ. ط[٣]. بل لو قال: لأنَّه لا يتأتَّى القبضُ في مثل ذلك إلا بقبض الكلِّ، ولا تتمُّ بذلك فيما يقسمُ... إلخ؛ لكان حَسَناً. وفي «العناية»: الهبةُ فيما يُقسمُ جائزةٌ، ولكن غيرُ مثبتةٍ للملك قبل تسليمه مُفرزاً[٤].

---

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٥.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٢٦.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٦.

(٤) «العناية»: ٩/ ٢٨.

بالقبض (فِيمَا يُقْسَمُ وَلَوْ) وهبَه (لِشَرِيكِهِ) أو لأجنبيٍّ؛لعدم تصوُّرِ القبض الكامل ....

(قوله: لَا تَتِمُّ بِالقَبْضِ فِيمَا يُقْسَمُ) قال علماؤنا: هبةُ المشاع فيما يَحتملُ القسمةَ لا تتمُّ ولا تُفيدُ الملكَ قبل القسمة، وبعضُ أصحابنا قال: إنَّها فاسدةٌ. والأصحُّ الأوَّلُ كالهبة قبل القبض. اهـ شِلْبي عن الأتقاني[1]. وأشارَ الشَّارحُ أنَّه إنَّما شُرطَ أن يكون الموهوبُ مقسومـًا أو مشاعـًا لا يقبلُ القسمةَ؛ لأنَّ الهبةَ لا تتمُّ إلا بالقبض، والقبضُ إنَّما يكون في المقسوم، وكذا في المشاع الذي لا يُقسمُ؛ لأنَّ قبضَ كلِّ شيءٍ بحسبه، والمشاعُ الذي لا يقبلُ القسمةَ لا يكون قبضُه إلا مشاعـًا، فاكتُفي به كذلكَ، وتمَّتْ به الهبةُ، أمَّا المشاعُ الذي يَقبلُ القسمةَ؛ فإنَّه يمكن تسليمُه بعد قسمته، ويكون قبضُه كاملاً، فلا يُكتفى بتسليمه مشاعـًا، ولا يُعدُّ قابضـًا له مع الشُّيوع. ولا فرقَ أن يكون وَهبَه لشريكه أو لأجنبيٍّ، خلافـًا لِمَا في «الصيرفيَّة» من جوازه من الشَّريك، وذكر أنَّه المختارُ، ووجهُه ظاهرٌ؛ لتصوُّرِ قبض الشَّريك له مع شيوعه؛ لأنَّ نصيبَ الشَّريك في يده، فيمكِنُه قبضُ الشِّقص الثَّاني مشاعـًا. ولكنَّه لَمَّا كانت عامَّةُ الكتب على إطلاق المنع، وهي موضوعةٌ لنقل المذهب كما قال: (فكان هو المذهبَ)، فوجب العملُ به، سواءٌ ظهرَ وجهُه أو لا؛ لأنَّ المقلَّدَ عليه اتِّباعُ ما قاله إمامُه سواءٌ وقفَ على دليله أو لا. واللهُ تعالى أعلمُ.

(قوله: وَلَوْ هِبَةً لِشَرِيكِهِ) "لو" وصليَّةٌ، أي: ولو كانت الهبةُ لشريك الواهب.

(قوله: أَوْ لِأَجْنَبِيٍّ) الأَوْلى إسقاطُه؛ لأنَّه مفهومٌ من "لو"، ولا خلافَ فيه، إنَّما الخلافُ في الشَّريك كما مرَّ ويأتي.

(قوله: لِعَدَمِ تَصَوُّرِ القَبْضِ الكَامِلِ) أي: فيما يُتصوَّرُ فيه.

(١) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٣.

كما في عامَّةِ الكتب، فكان هو المذهبَ. وفي «الصَّيرفيَّة» عن العتَّابيِّ: وقيل: يجوزُ لشريكه، وهو المختارُ. (فَإِنْ قَسَمَهُ وَسَلَّمَهُ؛ صَحَّ) لزوال المانعِ،(وَلَوْ سَلَّمَهُ شَائِعًا؛

(قوله: كَمَا فِي عَامَّةِ الكُتُبِ) وصرَّحَ به الزيلعيُّ وصاحبُ «البحر»[1]. «منح»[2].

(قوله: فَكَانَ هُوَ المَذْهَبَ) راجعٌ لمسألة الشَّريك كما في «المنح»[3].

(قوله: وَهُوَ المُخْتَارُ) الظَّاهرُ من عباراتهم اعتمادُ الأوَّل، حتَّى نسبَ الثَّاني شيخُ الإسلام إلى ابن أبي ليلى بعدما حَكى الإطلاقَ عن أهل المذهب. وفي مؤيد زاده: وهبَ مشاعاً يَنقسمُ لشريكه لا يجوزُ، خلافاً لابن أبي ليلى. اهـ. قال الرَّمليُّ: وُجدَ بخطِّ المؤلِّف ـ يعني: صاحبَ «المنح» ـ بإزاء هذا ما صورتُه: ولا يخفى عليك أنَّه خلافُ المشهور[4].

(قوله: فَإِنْ قَسَمَهُ) أي: الواهبُ بنفسه أو نائبه، أو أمرَ الموهوبَ له بأنَّ يقسمَ مع شريكه، كلُّ ذلك تتمُّ به الهبةُ كما هو ظاهرٌ لمن عنده أدنى فقهٍ. تأمَّلْ. رملي[5].

(قوله: صَحَّ لِزَوَالِ المَانِعِ) وهو الإشاعةُ، فإنَّها زالتْ بالقسمة والتَّسليم؛ لأنَّه كان عاجزاً عن القبض الكامل الذي تتمُّ به الهبةُ، ومعناهُ: أنَّها تُملكُ بذلك، لا أنَّ الصحَّةَ متوقِّفةٌ على القسمة، ولو كان شرطاً للصحَّة؛ لاحتِيجَ إلى تجديد العقد. «بحر» بزيادةٍ[6].

(قوله: وَلَوْ سَلَّمَهُ شَائِعًا) بأنَّ سلَّمه الكلَّ.

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٤، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٦.

(٢) «منح الغفار»: ق٢٧٥/ آ فيض الله.

(٣) «منح الغفار»: ق٢٧٥/ آ فيض الله.

(٤) «لوائح الأنوار»: ق٧٣/ آ ولي الدين.

(٥) «لوائح الأنوار»: ق٧٣/ آ ولي الدين.

(٦) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٧.

لَا يَمْلِكُهُ، فَلَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ) فيَضمنُه، وينفذُ تصرُّفُ الواهب. «درر»[1]. لكن فيها عن «الفصولين»: الهبةُ الفاسدةُ تُفيدُ الملكَ ....

(قوله: لَا يَمْلِكُهُ) لعدم وجود القبضِ الكامل فيما يُتصوَّرُ فيه.

(قوله: فَيَضْمَنُهُ) أي: بعد إتلافه، ويجب عليه ردُّه قبله، ولا يمتنعُ الردُّ ببيعه؛ لعدم نفاذه.

(قوله: لَكِنْ فِيهَا عَنِ «الفُصُولَيْنِ»[2]... إلخ) قال في «التَّاترخانيَّة» بعد نقل هذا القول: وفي «السِّراجيَّة»: وبه يُفتى[3]. اهـ[4]. ومع إفادتها للملك يُحكمُ بنقضها للفساد، كالبيع الفاسد ينقضُ له. تأمَّلْ. رملي[5].

(قوله: الهِبَةُ الفَاسِدَةُ... إلخ) ظاهرُه: أنَّ هبةَ المشاع قبل القسمة فاسدةٌ، مع أنَّها صحيحةٌ غيرُ تامَّةٍ، ولذا قال الشِّلبيُّ: قولُه: لأنَّه لو صحَّ هبةُ المشاع فيما يُقسمُ ظاهرُه ـ كما ترى ـ يُشعرُ بعدم الصحَّة، وقد قدَّمتُ قريباً أنَّ الأصحَّ: أنَّها صحيحةٌ غيرُ تامَّةٍ لا فاسدةٍ كما قال به بعضُ مشايخنا. واللهُ تعالى أعلمُ. اهـ[6]. ويدلُّ عليه كلامُ صاحب «البحر» المتقدِّمُ، وعبارةُ «الهنديَّة» الآتيةُ تفيدُ أنَّ الفتوى على الفساد. ط[7]. قال في «الفتاوى الخيريَّة»: ولا تفيدُ الملكَ في ظاهر الرِّواية. قال الزيلعيُّ: ولو سلَّمه شائعاً لا يملِكُه، حتَّى لا ينفذُ تصرُّفُه فيه، فيكون مضموناً عليه، وينفذُ فيه تصرُّفُ الواهب.

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٨ عن قاضي خان.

(٢) «جامع الفصولين»: ٢/ ٤٢، «درر الحكام»: ٢/ ٢١٩.

(٣) «الفتاوى السراجية»: ص٤٠٥.

(٤) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٢٩.

(٥) «لوائح الأنوار»: ق٧٣/آ ولي الدين.

(٦) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٣.

(٧) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٦.

ذكره الطَّحاويُّ وقاضيخان. وروي عن ابن رُستمٍ مثلُه. وذكر عصامٌ: أنَّها تفيدُ الملكَ، وبه أخذ بعضُ المشايخ. اهـ[1]. ومع إفادتها للملك عند هذا البعض أجمعَ الكلُّ على أنَّ للواهب استردادَها من الموهوب له ولو كان ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ من الواهب. قال في «جامع الفصولين» رامزاً لـ«فتاوى الفضليِّ»: ثمَّ إذا هلكتْ أفتيتُ بالرُّجوع للواهب هبةً فاسدةً لذي رَحِمٍ مَحرمٍ منه؛ إذ الفاسدةُ مضمونةٌ على ما مرَّ، فإذا كانت مضمونةً بالقيمة بعد الهلاك؛ كانتْ مستحقَّةَ الردِّ قبل الهلاك. اهـ[2]. وكما يكون للواهب الرُّجوعُ فيها؛ يكون لوارثه بعد موته؛ لكونها مستحقَّةَ الردِّ، وتُضمنُ بعد الهلاك كالبيع الفاسد إذا ماتَ أحدُ المتبايعين؛ فلورثته نقضُه؛ لأنَّه مُستحقُّ الردِّ ومضمونٌ بالهلاك. ثمَّ من المقرَّرِ أنَّ القضاءَ يتخصَّصُ، فإذا ولَّى السُّلطانُ قاضياً ليقضيَ بمذهب أبي حنيفةَ لا ينفذُ قضاؤه بمذهب غيره؛ لأنَّه معزولٌ عنه بتخصيصه، فالتحقَ فيه بالرَّعيَّة. نصَّ على ذلك علماؤنا رحمهم الله تعالى اهـ ما في «الخيرية»[3]. وأفتى به في «الحامديَّة» أيضاً و«التَّاجيَّة»[4]. وبه جزمَ في «الجوهرة» و«البحر»[5]. ونقلَ عن «المبتغى» بالغين المعجمة: أنَّه لو باعَه الموهوبُ له لا يصحُّ[6]. وفي «نور العين» عن «الوجيز»: الهبةُ الفاسدةُ مضمونةٌ بالقبض، ولا يثبتُ الملكُ فيها إلا عند أداء العِوَض. نصَّ عليه محمدٌ في «المبسوط»، وهو قولُ أبي يوسفَ؛

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٤.

(٢) «جامع الفصولين»: ٢/ ٤٢.

(٣) «الفتاوى الخيرية»: ٢/ ١١٢.

(٤) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٨٥.

(٥) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٢٦، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٦.

(٦) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٧.

بالقبض، وبه يُفتى ....

إذ الهبةُ تنقلبُ عقدَ معاوضةٍ. اهـ[1]. وذكر قبله: هبةُ المشاع فيما يُقسمُ لا تفيدُ الملكَ عند أبي حنيفةَ[2]. وفي القهستانيِّ: لا تفيدُ الملكَ، وهو المختارُ كما في «المضمرات»، وهذا مرويٌّ عن أبي حنيفةَ، وهو الصَّحيحُ. اهـ[3]. فحيث علمتَ أنَّه ظاهرُ الرِّواية، وأنَّه نصَّ عليه محمدٌ ورواهُ عن أبي حنيفةَ؛ ظهرَ أنَّه الذي عليه العملُ، وإن صُرِّح بأنَّ المفتى به خلافُه، ولا سيَّما أنَّه يكون ملكاً خبيثاً كما يأتي، ويكون مضموناً كما علمتَه، فلا يُجدي نفعاً للموهوب. فاغتنِمْه. وإنَّما أكثرتُ النَّقلَ في مثل هذه لكثرة وقوعها، وعدمِ تنبُّه أكثر النَّاس للزوم الضَّمان على قول المخالف، ورجاءً لدعوةٍ نافعةٍ في الغيب.

(قوله: بِالقَبْضِ) لكن ملكاً خبيثاً، وبه يُفتى. قهستاني[4]. أي: وهو مضمونٌ كما علمتَ آنفا. فتنبَّهْ.

(قوله: وَبِهِ يُفْتَى) قال في «الهنديَّة»: هبةُ المشاع فيما يحتملُ القسمةَ لا تجوزُ، سواءٌ كانت من شريكٍ أو من غير شريكٍ، ولو قبضَها هل يفيدُ الملكَ؟ ذكر حسامُ الدِّين رَحِمَهُ ٱللَّهُ في كتاب «الواقعات»: أنَّ المختارَ أنَّه لا يفيدُ الملكَ[5]، وذكر في موضعٍ آخرَ: أنَّه يفيدُ الملكَ ملكاً فاسداً[6]، وبه يُفتى. كذا في «السِّراجيَّة»[7]. اهـ[8].

---

(١) «نور العين»: الفصل التاسع والعشرون: ٢/ ٣٤١.

(٢) «نور العين»: الفصل التاسع والعشرون: ٣/ ٣٤١.

(٣) «جامع الرموز»: ص٤٢٩.

(٤) «جامع الرموز»: ص٤٢٩ عن «الواقعات».

(٥) «الواقعات» للحسام الشهيد: ق٢١٨/ ب فيض الله.

(٦) «الواقعات»: ق٢١٩/ آ فيض الله.

(٧) «الفتاوى السراجية»: ص٤٠٥.

(٨) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٨.

ومثلُه في «البزَّازيَّة»، على خلاف ما صحَّحه في «العماديَّة». لكنَّ لفظَ الفتوى آكَدُ من لفظ الصَّحيح كما بَسطَه المصنِّفُ مع بقيَّة أحكام المشاعِ.

(قوله: وَمِثْلُهُ فِي «البَزَازِيَّةِ») عبارتُها: وهل يثبتُ الملكُ بالقبض؟ قال النَّاطفيُّ: عند الإمام لا يفيدُ الملكَ، وفي بعض الفتاوى: يثبتُ فيها فاسداً، وبه يُفتى. ونصَّ في «الأصل»: أنَّه لو وهبَ نصفَ داره من آخرَ وسلَّمَها إليه، فباعَها الموهوبُ له؛ لم يجزْ، وأنَّه لا يملكُ حيث أبطلَ البيعَ بعد القبض، ونصَّ في الفتاوى: أنَّه هو المختارُ. اهـ[1].

ورأيتُ بخطِّ بعض الأفاضل على هامش «المنح» بعد نقله ذلك: وأنت تراهُ عزا روايةَ إفادة الملك بالقبض والإفتاءَ بها إلى بعض الفتاوى، فلا تُعارضُ روايةَ «الأصل»، ولذا اختارها قاضيخان. وقولُه: (لفظ الفتوى... إلخ) قد يقال: يُمنعُ عمومُه، لا سيَّما مثلُ هذه الصِّيغة في مثل سياق البزازيِّ، فإذا تأمَّلتَه تَقضي برُجْحان ما دلَّ عليه «الأصلُ». اهـ.

(قوله: عَلَى خِلَافِ مَا صَحَّحَهُ فِي «العِمَادِيَّةِ») أي: عن «العدَّة» بلفظ: هو المختارُ[2].

(قوله: لَكِنّ لَفْظَ الفَتْوَى) استدراكٌ على ما يُستفادُ من قوله: (ما صحَّحَه في العمادية) من أنَّ القولينِ سواءٌ، وحيث كان لفظُ الفتوى آكَدَ؛ فيكون العملُ على ما في «الفصول» و«البزَّازيَّة»؛ لأنَّه قال: وبه يُفتى، وهو آكدُ من الصَّحيح الذي في «العماديَّة»، فحينئذٍ يمتنعُ الرُّجوعُ بعد بيعه لتعلُّقِ حقِّ المشتري به كما تقدَّم نظيرُه في البيع الفاسد.

(قوله: مَعَ بَقِيَّةِ أَحْكَامِ المَشَاعِ) من بيعه، فإنَّه جائزٌ فيما يُقسمُ وما لا يُقسمُ، ومن إجارته، ومن إعارته، وغير ذلك كما قدَّمْناه قريباً.

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٦٠.

(٢) «فصول الأحكام»: الفصل التاسع والعشرون: ص٢٤٦ (ت: العمري).

وهل للقريبِ الرُّجوعُ في الهبة الفاسدة؟ قال في «الدرر»: نعم، وتعقَّبَه في «الشرنبلاليَّة»: بأنَّه غيرُ ظاهرٍ على القول المفتى به من إفادتها الملكَ بالقبض. فليُحفظْ.

(قوله: قَالَ فِي «الدُّرَرِ»: نَعَمْ) عبارَتُها: قال بعضُ المشايخ: كانت المسألةُ واقعةَ الفتوى، وفرَّقتُ بين الهبة الصَّحيحة والفاسدة، وأفتيتُ ـ أي: في الفاسدة ـ بالرُّجوع. وقال الإمامُ الأستروشنيُّ والإمامُ عمادُ الدِّين: هذا الجوابُ مستقيمٌ، أمَّا على قول من لا يرى الملكَ بالقبض في الهبة الفاسدة؛ فظاهرٌ، وأمَّا على قول من يرى الملكَ؛ فلأنَّ المقبوضَ في حكم الهبة الفاسدة مضمونٌ على ما تقرَّرَ، فإذا كان مضموناً بالقيمة بعد الهلاك كان مستحقَّ الردِّ قبل الهلاك، فيملكُ الرُّجوعَ والاستردادَ[1]. انتهى[2].

(قوله: وَتَعَقَّبَهُ فِي «الشُّرُنْبُلَالِيَّةِ») حيث قال: قولُه: "وأمَّا على قول من يرى الملكَ فلأنَّ المقبوضَ بحكم الهبة الفاسدة مضمونٌ... إلخ" هذا غيرُ ظاهرٍ؛ لأنَّ قولَه: فلأنَّ المقبوضَ بحكم الهبة الفاسدة مضمونٌ لا يكون متَّجهاً إلا على القول بعدم الملك، وإلا فكيف يكون مالكاً وضامناً؟! انتهى[3]. ونظرَ فيه الشَّيخُ شاهين: بأنَّ المقبوضَ في البيع الفاسد مملوكٌ بالقبض مضمونٌ بقيمته، فلا يَبعدُ كونُ الشَّخص مالكاً وضامناً، فكان الجوابُ مستقيماً، وكان القولُ بالضَّمان متجِّهاً حتَّى على قول من قال: يملكُ الموهوبُ فاسداً. اهـ ذكره أبو السعود[4]. وفيه: أنَّ هذا قياسٌ مع الفارق، فإنَّ المبيعَ فاسداً مقبوضٌ في عقدِ معاوضةٍ، فلا بُدَّ من العوض، وقد ألغَيْنا الثَّمنَ لعدم الصحَّة، وأوجَبْنا القيمةَ

(١) «فصول الأحكام»: الفصل التاسع والعشرون: ص٢٤٨ (ت: العمري).

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٩- ٢٢٠.

(٣) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢١٩ (بهامش درر الحكام).

(٤) «فتح المعين»: ٣/ ٢١٩.

(وَالمَانِعُ) من تمام القبضِ (شُيُوعٌ مُقَارِنٌ) للعقد، (لا طَارِئٌ)..................

عِوَضاً، وإلا لزمَ أخذُ ما عُقِدَ للمعاوضة بلا عِوضٍ. أمَّا المقبوضُ في الهبة الفاسدة؛ فهو مقبوضٌ بغير عِوَضٍ أصلاً، وقد قال القائلُ بالملك فيها، والملكُ في الموهوب بلا عِوَضٍ، أمَّا لو نظرْنا إلى كونه ملكاً خبيثاً كما قال المؤلِّفُ في «شرح الملتقى»: وقيل: يملكُه بالقبض، لكنَّه ملكٌ خبيثٌ، وبه يُفتى. قهستاني عن «المضمرات»[(١)]؛ يكون موجَبُه التَّصدُّقَ بقيمته هالكاً كما قيل به في نظائره. فليتأمَّلْ. ويتفرَّعُ على القول بثبوت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة: ما في «البحر» عن «الإسعاف» من أنَّه إذا وقفَ الأرضَ التي وهبتْ له هبةً فاسدةً صحَّ وعليه قيمَتُها[(٢)]. انتهى[(٣)]. وهذا يؤيِّدُ ما ذكره الشيخُ شاهين تبعاً للإمامين الأسروشنيِّ والعماديِّ. وفي أبي السُّعود عن القهستانيِّ: وكما لا يمنعُ الرُّجوعَ في الهبة الفاسدة القرابةُ؛ فكذا غيرُها من الموانع. انتهى[(٤)]. ويؤيِّدُ ذلك أيضاً ما قدَّمْناه عن «الخيريَّة» و«نور العين»، فلا تنسَه.

(قوله: مِنْ تَمَامِ القَبْضِ) أي: كون القبض تامّاً.

(قوله: لا طَارِئٌ) بالهمز؛ لأنَّه حدثَ بعد وجود القبض وتمامِ الهبة، فلا يؤثِّرُ شيئاً.

أقول: ومنه: ما لو وهبَ داراً في مرضه وليس له سواها، ثمَّ ماتَ ولم تُجزِ الورثةُ الهبةَ؛ بقيتِ الهبةُ في ثُلُثِها، وتبطلُ في الثُّلُثين كما صرَّح به في «الخانيَّة»[(٥)].

(١) «جامع الرموز»: ص٤٢٩، «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٥٦ (بهامش مجمع الأنهر).

(٢) «الإسعاف»: ص٢١.

(٣) «البحر الرائق»: كتاب الوقف: ٥/ ٢٠٣.

(٤) «جامع الرموز»: ص٤٣١، «فتح المعين»: ٣/ ٢١٩ عن شيخه عن القهستاني.

(٥) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٧٧.

كأن يَرجعَ في بعضها شائعـاً، فإنَّه لا يُفسدُها اتِّفاقـاً. (وَالاسْتِحْقَاقُ) شيوعٌ (مُقَارِنٌ) لا طارئٌ، فيُفسدُ الكلَّ، حتَّى لو وهبَ أرضـاً وزرعـاً وسلَّمَهما، فاستُحقَّ الزَّرعُ؛ بطلتْ في الأرض؛ ....

(قوله: كَأَنْ يَرْجِعَ فِي بَعْضِهَا شَائِعـاً) فإنَّه لا يُفسدُها اتِّفاقـاً، ونظيرُه ما قالوا: إنَّ الردَّةَ لا تُبطلُ التيمُّمَ؛ لأنَّ الإسلامَ شرطٌ لوجود النيَّة التي هي شرطٌ لصحَّة التَّيمُّم، فإذا صحَّ التَّيمُّمُ بوجود شرطه، وهو النيَّةُ من المسلم، ثم طرأَ عليه الكفرُ بعد ذلك ـ والعياذُ بالله تعالى ـ؛ لم يبطلْ تيمُّمُه؛ لأنَّه قد تَمَّ بوجود شرطه، وكذلك هنا الشَّائعُ لا تصحُّ هبتُه لفقد شرطه، وهو القبضُ الكاملُ، فإذا وهبَ غيرَ الشَّائع وتمَّت الهبةُ بقبضه الكامل، ثمَّ طرأَ عليه الشُّيوعُ بعد استيفاء شرطه، ولم يبقَ إلا مجرَّدُ الملك للموهوب في الهبة، والشُّيوعُ لا ينافي الملكَ، كما أنَّ الكفرَ لا ينافي رفعَ الحدث، فكما أنَّ التَّيمُّمَ لا يَبطلُ بالردَّة؛ كذلك الهبةُ لا تبطلُ بطُروِّ الشُّيوع بعد تمامها.

(قوله: حَتَّى لَوْ وَهَبَ... إلخ) وهذا بخلافِ ما إذا وهبَ داراً بمتاعها وسلَّمَها، فاستُحقَّ المتاعُ؛ صحَّتْ في الدَّار؛ إذ بالاستحقاق ظهرَ أنَّ يدَه في المتاع كانت يدَ غصبٍ، وقد تقدَّم أنَّ الهبةَ المشغولةَ بملك الغيرِ تصحُّ، بخلاف المشغولة بملك الواهب. وإنَّما بطلتِ الهبةُ في مسألتنا وخالفتْ مسألةَ الدَّار والمتاع؛ لأنَّ الزَّرعَ مع الأرض بحُكْم الاتِّصال كشيءٍ واحدٍ، فإذا استُحقَّ أحدُهما؛ صار كأنَّه استُحقَّ البعضُ الشَّائعُ فيما يحتملُ القسمةَ، فتبطلُ الهبةُ في الباقي. كذا في «الكافي». «درر»[1]. ويدلُّ لهذا التَّعليل قولُ المؤلِّف الآتي: (كمشاع)، قال في «الخانيَّة»: والزَّرعُ لا يُشبهُ المتاعَ[2].

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٩.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٧٨.

لاستحقاقِ البعض الشَّائع فيما يَحتملُ القسمةَ، والاستحقاقُ إذا ظهرَ بالبيِّنةِ كان مُستنداً إلى ما قبل الهبة، فيكونُ مُقارِناً لها، لا طارئاً كما زَعمَه صدرُ الشَّريعة، وإن تَبِعَه ابنُ الكمال. فتنبَّه.

(وَلَا تَصِحُّ هِبَةُ لَبَنٍ فِي ضَرْعٍ، وَصُوفٍ عَلَى غَنَمٍ، وَنَخْلٍ فِي أَرْضٍ، وَتَمْرٍ فِي نَخْلٍ) لأنَّه

(قوله: لِاسْتِحْقَاقِ البَعْضِ الشَّائِعِ) أي: حكماً كما علمتَ.

(قوله: إِذَا ظَهَرَ بِالبَيِّنَةِ... إلخ) انظرْ ما لو ثبتَ الاستحقاقُ بإقرار الواهب، والظَّاهرُ: أنَّه لغوٌ؛ لأنَّه أقرَّ بملك الغير، وما لو أقرَّ به الموهوبُ له، والظَّاهرُ: أنَّه يُعامَلُ بإقراره، فيثبتُ الزَّرعُ لمستحقِّه، وهل تبطلُ الهبةُ؟ يُحرَّر. ط[1].

(قوله: فَيَكُونُ مُقَارِناً لَهَا لا طَارِئاً) هذا الذي في «الظَّهيريَّة»، والذي في دعوى «النهاية»[2] والكرمانيِّ جعلُه من الطَّارئ. قال القهستانيُّ: فلعلَّ في المسألة روايتينِ[3]، وبه تعلمُ أنَّ صدرَ الشَّريعة وابنَ الكمال[4] لهما سَلَفٌ فيما ذهبا إليه. والحاصلُ: أنَّ صدرَ الشَّريعة جعلَ المفسدَ هو الشُّيوع المقارن؛ لأنَّ الشُّيوعَ الطَّارئَ كما إذا وهبَ ثم رجعَ بالبعض الشَّائع واستُحقَّ البعضُ الشَّائعُ. وردَّ عليه صاحبُ «الدُّرَر» والمصنِّفُ، حيث قال في «الدُّرر»: أقول: عدُّه صورةَ الاستحقاق من أمثلة الشُّيوع الطَّارئ غيرُ صحيحٍ، والصَّحيحُ ما ذكرَ في «الفصولين» و«الكافي»[5]، وعبارةُ «الفصولين»: إنَّ الشُّيوعَ الطَّارئَ

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٧.

(٢) «النهاية»: ٩/ ٩٩ ط العلمية، وجعله هنا في الهبة من المقارن.

(٣) «جامع الرموز»: ص٤٣٢.

(٤) «شرح الوقاية»: ٤/ ٢٦٦، «الإيضاح»: ٢/ ٢٩٩.

(٥) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٩.

كمشاعٍ، ....

لا يُفسدُ الهبةَ بالاتِّفاق، وهو أن يرجعَ ببعض الهبة شائعًا، أمَّا الاستحقاقُ؛ فيفسدُ الكلَّ؛ لأنَّه مقارنٌ لا طارئٌ. كذا ذكره شيخُ الإسلام أبو بكرٍ في «المحيط». اهـ[1].

(قوله: كَمَشَاعٍ) قال في «شرح الدُّرر»: هذه نظائرُ المشاع لا أمثلتُه، فلا شُيوعَ في شيءٍ منها، لكنَّها في حكم المشاع، حتَّى إذا فُصلتْ وسُلِّمتْ صحَّ[2]. قال الخيرُ الرَّمليُّ: أقول: لا يذهبْ عنك أنَّه لا يلزمُ أن يأخُذَ حكمَه في كلِّ شيءٍ، وإلا لزمَ أن لا تجوزَ هبةُ النَّخل من صاحب الأرض، وكذا عكسُه، والظَّاهرُ خلافُه، والفرقُ بينهما: أنَّه ما من جزءٍ من المشاع وإن دقَّ إلا وللشَّريك فيه ملكٌ، فلا تصحُّ هِبتُه ولو من الشَّريك؛ لأنَّ القبضَ الكاملَ لا يتصوَّرُ، وأمَّا نحوُ النَّخل في الأرض والثَّمرِ في النَّخل والزَّرْع في الأرض لو كان كلُّ واحدٍ منها لشخصٍ، فوهب صاحبُ النَّخل نخلَه كلَّه لصاحب الأرض أو عكسه؛ فإنَّ الهبةَ تصحُّ؛ لأنَّ ملكَ كلٍّ منهما متميِّزٌ عن الآخر، فيصحُّ قبضُه بتمامه، ولم أرَ من صرَّحَ به، لكن يُؤخذُ الحكمُ من كلامهم، وقد صرَّحوا بأنَّ المانعَ إنَّما يُعتبرُ وقتَ القبض، لا وقتَ العقد. هذا، وقد قدَّمَ عن «الصَّيرفيَّة»: لو وهبَ نصيبَه من الدَّار لشريكِه أو من شيءٍ يحتملُ القسمةَ؛ فإنَّه يجوزُ إجماعًا، وفي «فتاوى الزَّاهدي العتابيِّ»: لو وهبَ النِّصفَ من شريكه من دارٍ لم يجزْ. وقيل: يجوزُ، هو المختارُ. وراجعتُ «الصَّيرفيَّة» فرأيتُه قال: وفي «فتاوى زين»: لو وهبَ النِّصفَ من شريكه... إلخ. فإذا كان هذا في المشاع؛ فما بالُكَ في المتَّصل الممكن فصلُه؟! ولا أدري ما يمنعُ من ذلك، ولكنَّ النَّقلَ إذا وُجدَ لا يسعُنا معه إلا التَّسليمُ. اهـ[3].

---

(١) «جامع الفصولين»: ٢/ ٤٢.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٨.

(٣) «لوائح الأنوار»: ق٧٣/آ- ب ولي الدين.

(وَلَوْ فَصَلَهُ وَسَلَّمَهُ؛ جَازَ) لزوال المانعِ، وهل يكفي فصلُ الموهوب له بإذن الواهب؟

أقول: ومثالُ مشاعٍ يقبلُ القسمةَ كنصفِ دارٍ كبيرةٍ ورُبُعِ صَبُرةٍ معيَّنةٍ ونحوهما مما سبق من الأمثلة، وإنَّما أوردَ النَّظائرَ لاهتمام الإفادة، وللتَّنبيه على أنَّ الحكمَ فيها بالطَّريق الأَوْلى كما هو حالُ التَّشبيه ظاهراً، غايتُه التَّساوي، فيكون من قبيل تشبيهِ أحد المتساويَيْن في الحكم بالآخر، والأَوَّلُ هو الظَّاهرُ. قال في «العماديَّة»: إنَّ هبةَ اللَّبَن في الضَّرع في روايةٍ لا تجوزُ، وفي روايةٍ تجوزُ إذا سلَّطَه على الحلب. انتهى(١). وفي «التَّاترخانيَّة»: وهبةُ اللَّبَن في الضَّرع لا تجوزُ في إحدى الرِّوايتين من كتاب الهبة وإن سُلِّطَ على الحلب، هو الصَّحيحُ. اهـ(٢). لعلَّ صحَّةَ عدم الجواز؛ لأنَّ الحلبَ يقبلُ التَّفاوُتَ، فيُؤدِّي إلى النِّزاع، على أنَّ القبضَ لم يوجدْ؛ إذ اللَّبنُ في الضَّرع عند الهبة، وهو متَّصلٌ بملك الواهب. هذا، وقال في «الكافي»: ولو وهبَ زرعاً في أرضٍ، أو ثمراً في شجرٍ، أو حِليةً في سيفٍ، أو بناءً في دارٍ، أو قفيزاً من صَبُرةٍ، وأمرَه بالحصاد والجذاذ والنَّزْع والنَّقْض والكيل، وفَعَلَ؛ صحَّ استحساناً، ويُجعلُ كأنَّه وهبَه بعد الحصاد والجذاذ ونحوهما. اهـ. لعلَّ وجهَ الاستحسان: أنَّ الحصادَ ونحوَه لا يقبلُ التَّفاوُتَ، فلا يُؤدِّي إلى النِّزاع. هذا، فيكون كطعامٍ في جِرابه، إلا أنَّه لَمَّا كان اتِّصالُ كلٍّ منها بملك الواهب خِلقةً؛ عُدَّ من قبيل المشاع. فتأمَّلْ.

(قوله: وَلَوْ فَصَلَهُ وَسَلَّمَهُ جَازَ) إنَّما جازَ في اللَّبَن وإن كان في وجوده شكٌّ؛ لأنَّه قد يكون رِيحاً أو دماً؛ لترجُّحِ جانب الوجود بالتَّصرُّف فيه، فإنَّه بانفصاله تيقَّنَ وجودُه، بخلاف هبة الحمل، فإنَّه لا يصحُّ ولو سلَّمَه بعد الولادة؛ لعدم إمكان التَّصرُّف وقتَ الهبة.

(١) «فصول الأحكام»: الفصل الثلاثون: ص٣٥٨ (ت: العمري).

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٣٥.

ظاهرُ «الدُّرَر»: نعم. (بِخِلَافِ دَقِيقٍ فِي بُرٍّ، وَدُهْنٍ فِي سِمْسِمٍ، وَسَمْنٍ فِي لَبَنٍ) ....

(قوله: ظَاهِرُ «الدُّرَرِ»: نَعَمْ) فإنَّه قال: وكذا يجوزُ هبةُ البناء دون العَرصة إذا أَذنَ له ـ أي: للموهوب له ـ الواهبُ في نقضِه، وهبةُ أرضٍ فيها زَرعٌ دونه أي: دون الزَّرْع، ونخلٍ فيها ثمرٌ دونَه أي: دون الثَّمَر، إذا أمرَه ـ أي: الواهبُ الموهوبَ له ـ بالحصاد في الزَّرْع والجذاذ في الثَّمَر؛ لزوال اشتغال الموهوب بملك الواهب. انتهى بتصرُّفٍ[(١)].

وأفاد عزمي زاده: أنَّه صحيحٌ في الأوَّل دون الأخيرَيْن، فإنَّه لا يصحُّ فيهما مطلقاً؛ لأنَّه متَّصلٌ به اتِّصالَ خِلقةٍ، فكان بمنزلة المشاع الذي يَحتملُ القسمةَ، فلا تتمُّ بدون الإفراز والحيازة. نعم، الحكمُ صحيحٌ في عكسهما، وهو هِبةُ زرعٍ بدون أرضه، وهبةُ ثمرٍ بدون شجرِه، فإنَّه يصحُّ استحساناً إن أَمرَه بالحصاد والجذاذ وفَعَلَه. انتهى. وعلى كلٍّ فما ذكره الشَّارحُ صحيحٌ، وبحثُ عزمي زاده في التَّمثيل. ط[(٢)].

أقول: ويَحتملُ أنَّ الشَّارحَ فهمَ من قول «الدُّرر»: "حتَّى إذا فُصلتْ هذه الأشياءُ عن ملك الواهب وسُلِّمَتْ صحَّ هبتُها كما في المشاع" ما إذا فَصلَها الواهبُ أو الموهوبُ له بإذنه، وقال الخيرُ الرَّمليُّ في «حاشيته على المنح»: قولُه: (ولو فصله وسلَّمَه) أي: الواهبُ، فلو فَصلَه الموهوبُ له بغير إذن الواهب؛ لا يملِكُه إلا بعقدٍ جديدٍ. اهـ[(٣)]. فقولُه: بغير إذن الواهب أنَّه[(٤)] لو كان بإذنه كان كفصلِه بنفسه، ويحتملُ أنَّه أخذَه الشَّارحُ من العبارة التي ذكرناها أوَّلاً عن الطَّحطاويِّ، وكأنَّ الشَّارحَ رأى أنَّه لا فرقَ بينهما، وإن

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢١.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٧.

(٣) «لوائح الأنوار»: ق٧٣/ ب ولي الدين.

(٤) في هامش بولاق: (قوله: أنه، لعله: يفيد أنه أو نحو ذلك).

حيث لا يصحُّ أصلاً؛ لأنَّه معدومٌ، فلا يُملكُ إلا بعقدٍ جديدٍ.

كانت العلَّةُ التي ذكرها في «الدُّرَر» لا تَجري هنا؛ لأنَّه علَّل بأنَّ المانعَ الاشتغالُ بملك الواهب، فإذا أذنَ بالجذاذ والحصاد وفعلَ الموهوبُ له ذلك؛ زالَ المانعُ، فجازت الهبةُ، وهنا يقال: المانعُ هو شَبَهُ الشُّيوع، فإذا زالَ بإذن المالك زالَ المانعُ. والله أعلمُ. قال في «الخانيَّة»: ولو وهبَ زرعاً بدون الأرض، أو ثمراً بدون النَّخْل، وأمرَه بالحصاد والجذاذ، ففعلَ الموهوبُ له ذلك؛ جازَ؛ لأنَّ قبضَه بالإذن يصحُّ في المجلس وبعده. اهـ[(١)]. ومثلُه في «الحامديَّة» عن «جامع الفتاوى»[(٢)]. وهو نظيرُ ما فهمَه الشَّارحُ أوَّلاً.

(قوله: **حَيْثُ لا يَصِحُّ أَصْلاً**) أي: سواءٌ أفرزَها وسلَّمَها أو لا. «درر»[(٣)].

(قوله: **لِأَنَّهُ مَعْدُومٌ**) قال في «الدرر»: لأنَّه في حكم المعدوم، وسرُّه: أنَّ الحنطةَ استحالتْ وصارتْ دقيقاً، وكذا غيرُها، وبعد الاستحالة هو عينٌ أخرى على ما عُرِفَ في الغصب. اهـ[(٤)]. وأمَّا الوصيَّةُ؛ فتجوزُ بهذه الأشياء؛ لأنَّها تجوزُ بالمعدوم كما ذكره العينيُّ[(٥)].

(قوله: **فَلَا يُمْلَكُ إِلَّا بِعَقْدٍ جَدِيدٍ**) لأنَّه بعد الاستحالة عينٌ أخرى، بخلاف المشاع؛ لأنَّه محلٌّ للملك، إلا أنَّه لا يمكنُ تسليمُه، فإذا زال المانعُ جازَ. «درر» و«منح»[(٦)].

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٧٥.

(٢) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٨٦.

(٣) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٨.

(٤) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٨.

(٥) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨٦.

(٦) «درر الحكام»: ٢/ ٢١٨.

(وَمُلِكَ) بالقبول (بِلَا قَبْضٍ جَدِيدٍ لَوِ المَوْهُوبُ فِي يَدِ المَوْهُوبِ لَهُ) ولو بغصبٍ أو

(قوله: وَمُلِكَ بِالقَبُولِ) إنَّما اشترُطَ القبولُ نصّاً؛ لأنَّه إذا لم يوجدْ كذلكَ يقع الملكُ في الهبة بغير رضاهُ؛ لأنَّه لا حاجةَ إلى القبض، ولا يجوزُ أن يقعَ الملكُ للموهوب له بغير رضاهُ؛ لِمَا فيه من توهُّم الضَّرَر، بخلاف ما إذا وهبَ عبداً له لم يكن في يدِه وأمرَه بقبضِه، فإنَّه يصحُّ إذا قبَض، ولا يُشترطُ القبولُ؛ لأنَّ العبدَ ليس في يده حالَ الهبة، فكان الموهوبُ له محتاجاً إلى إحداثِ قبضٍ حتَّى يملكَ الهبةَ، فإذا أقدمَ على القبض؛ كان ذلك إقداماً على القبول، ورضىً منه بوقوع الملك له، فيملِكُه.

(قوله: بِلَا قَبْضٍ) أي: بأن يرجعَ إلى الموضع الذي فيه العينُ، ويَنقضي وقتٌ يتمكَّنُ فيه من قبضها. قهستاني(١).

(قوله: لَوِ المَوْهُوبُ فِي يَدِ المَوْهُوبِ لَهُ) لأنَّ القبضَ ثابتٌ فيها، وهو الشَّرطُ، سواءٌ كانت في يده أمانةً أو مضمونةً؛ لأنَّ قبضَ الأمانة ينوبُ عن مثله لا عن المضمون، والمضمونُ ينوبُ عنهما، والأصلُ: أنَّه متى تجانَسَ القبضانِ؛ نابَ أحدُهما عن الآخر، وإن اختَلَفا؛ نابَ الأقوى عن الأضعف دون العكس. هذا إذا كان الموهوبُ مضموناً في يده كالغصب والمرهون، والمقبوضُ على سومِ الشِّراء لا إشكالَ فيه؛ لأنَّ القبضَ فيه حقيقةً وحكماً، فيبرأُ عن الضَّمان بمجرَّد قبول الهبة، وكذا إذا كان في يده عاريةً أو إجارةً؛ لأنَّه قَبَضَها لنفسه، ويدُه ثابتةٌ فيه، وأمَّا إذا كانت في يده بطريق الوديعةِ؛ فمُشكلٌ؛ لأنَّ يدَه يدُ المالك، لكن لَمَّا لم يكن عاملاً للمالك بعد الهبة؛ اعتُبرتْ يدُه الحقيقيَّةُ. زيلعي(٢). واعلم أنَّ في قول الزَّيلعيِّ: "فيبرأُ عن الضَّمان" إشارةً إلى أنَّ العينَ المرهونةَ

(١) «جامع الرموز»: ص٤٣٠.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٥ بتصرف.

أمانةٍ؛ لأنَّه حينئذٍ عاملٌ لنفسه، والأصلُ: أنَّ القبضينِ إذا تَجانَسا نابَ أحدُهما عن الآخر، وإذا تَغايَرا نابَ الأعلى عن الأدنى، لا عكسُه ....

تكون مضمونةً في يد الموهوبِ له بمثلِها أو قيمتِها، احترازاً عمَّا إذا كانت العينُ مضمونةً بغيرها، كالمبيع المضمون بالثَّمَن، وكالرَّهن المضمون بالدَّين، فلا بُدَّ من قبضٍ مستأنفٍ بعد عقد الهبة، ومُضيِّ وقتٍ يتمكَّنُ من قبضها؛ لأنَّ العينَ وإن كانت في يده مضمونةً، إلا أنَّ هذا الضَّمانَ لا تصحُّ البراءةُ منه مع وجود القبض الموجِبِ له، فلم تكن الهبةُ براءةً، وإذا كان كذلكَ لم يوجد القَبضُ المستحقُّ بالهبة، فلم يكن بُدٌّ من تجديدِ قبضٍ آخرَ. «غاية» عن «شرح الأقطع».

(قوله: لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ) أي: حين إذ قَبِلَ (عَامِلٌ لِنَفْسِهِ) أي: بسبب وضعِ يده على ملكه.

(قوله: وَالأَصْلُ أَنَّ القَبْضَيْنِ إِذَا تَجَانَسَا) كأن كان عنده وديعةً، فأعارَه له، فإنَّ كِلا القبضين قبضُ أمانةٍ، فيصحُّ من غير قبضٍ مستأنفٍ، أو غصبَ شيئاً، فباعَه المالكُ منه.

(قوله: وَإِذَا تَغَايَرا) كأن غَصبَه منه وأخذَه، ثمَّ وَهبَه منه.

(قوله: نَابَ الأَعْلَى عَنِ الأَدْنَى) أي: ولا يحتاجُ إلى قبضٍ، فنابَ المغصوبُ عن قبض الهبة؛ لأنَّ في الأعلى مثلَ ما في الأدنى وزيادةً، وليس في الأدنى ما في الأقوى. وكذا لو كان مقبوضاً في يده بطريق البيع الفاسد؛ لأنَّه قبضُ ضمانٍ، أمَّا المبيعُ فاسداً؛ فإنَّه يملكُ بقبض الضَّمان، كما لو كان في يده مغصوباً قبل الشِّراء الفاسد، ولا يقبضُ بقبض الأمانة؛ لأنَّ قبضَ الأمانة دون قبض الضَّمان، فلا ينوبُ عنه.

(قوله: لَا عَكْسُهُ) وهو أنَّ قبضَ الأمانة لا ينوبُ عن قبض الضَّمان، كما في البيع والرَّهن،

فقبضُ الوديعة مع قبض الهبة يَتجانسانِ؛ لأنَّهما قبضُ أمانةٍ، ومع قبض الشِّراء يَتغايرانِ؛ لأنَّه قبضُ ضمانٍ، فلا ينوبُ الأوَّلُ عنه كما في «المحيط»[1]. ومثلُه في «شرح الطَّحاويِّ». لكن ليس على إطلاقه، فإنَّه إذا كان مضموناً بغيره كالبيع المضمون بالثَّمَن والمرهونِ المضمونِ بالدَّين؛ لا ينوبُ قبضُه عن القبض الواجب كما في «المُستصفى». ومثلُه في الزَّاهديِّ. فلو باعَ من المودَعِ احتاجَ إلى قبضٍ جديدٍ. وتمامُه في العماديِّ[2]. قهستاني[3].

قال الأقطعُ في شرحه: والأصلُ في ذلك: أنَّ العينَ الموهوبةَ إذا كانتْ في يد الموهوب أمانةً كالوديعة والعارية؛ ملَكَهَا بعقد الهبة من غير تجديدِ قبضٍ استحساناً لا قياساً. وجهُ الاستحسان: أنَّ الهبةَ تقفُ صحَّتُها على مجرَّد القبض، فلا يُلتفتُ إلى قبضٍ بصفةٍ، ومجرَّدُ القبض موجودٌ عَقِب العقد، فصحَّت الهبةُ، ولا يُشبهُ هذا بيعَ الوديعة ممن هي في يده؛ لأنَّ البيعَ يَقتضي مبيعاً مضموناً، وقبضُ المودَع عقب العقد قبضُ أمانةٍ، فلا بُدَّ من تجديد القبض، وذلك لا يكون إلا بالتَّخلية بينه وبين الوديعة، وأمَّا إذا كانت العينُ في يد الموهوب له مضمونةً؛ فهو على وجهينِ: إن كانت مضمونةً بمثلها أو بقيمتها كالعين المغصوبةِ والمقبوضةِ على وجه السَّوْم؛ فإنَّه يملِكُه بالعقد ولا يحتاجُ إلى تجديدِ قبضٍ، وذلك لأنَّ القبضَ الذي تَقتضيه الهبةُ قد وُجِدَ وزيادةً، وهو الضَّمانُ، وذلك الضَّمانُ تصحُّ البراءةُ منه، ألا ترى أنَّه لو أبرأ الغاصبَ من ضمان الغصب؛ جازَ وسقطَ، فصارتِ الهبةُ براءةً من الضَّمان، فبقيَ قبضٌ من غير ضمانٍ، فتصحُّ الهبةُ. وإن كانت العينُ مضمونةً

(١) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٦٣.

(٢) «فصول الأحكام»: الفصل السابع عشر: ص٢٧١ (ت: البشايرة).

(٣) «جامع الرموز»: ص٤٣٠.

(وَهِبَةُ مَنْ لَهُ وِلَايَةٌ عَلَى الطِّفْلِ فِي الجُمْلَةِ) وهو كلُّ من يَعولُه، فدخلَ الأخُ والعمُّ عند عدم الأبِ لو في عيالهم ....

بغيرها كالبيع المضمون بالثَّمَن وكالرَّهن المضمون بالدَّين، فلا بُدَّ من قبضٍ مستأنفٍ بعد الهبة، وهو أن يَرجعَ إلى الموضع الذي فيه العينُ، ويمضيَ وقتٌ يتمكَّنُ فيه من قبضها، وذلك لأنَّ العينَ وإن كانت في يده مضمونةً، إلا أنَّ هذا الضَّمانَ لا تصحُّ البراءةُ منه مع وجود القبض الموجِب له، فلم تكن الهبةُ براءةً، وإذا كان كذلكَ؛ لم يوجدِ القبضُ المستحقُّ بالهبة، فلم يكن بُدٌّ من تجديدِ قبضٍ. اهـ.

(قوله: وَهِبَةُ... إلخ) هو من إضافة المصدر إلى فاعله، أي: أن يهبَ مَنْ له الولايةُ على الطِّفل للطِّفل يتمُّ بالعقد، ولا يفتقرُ إلى القبض؛ لأنَّه هو الذي يقبضُ له، فكان قبضُه كقبضِه، وصار كمن وهبَ لآخرَ شيئاً وكان الموهوبُ في يد الموهوب له، فإنَّه لا يَحتاجُ إلى قبضٍ جديدٍ كما مرَّ قُبيل هذه المسألة.

(قوله: فِي الجُمْلَةِ) أي: وإن لم يكن له تصرُّفٌ في ماله. وقولُه: (على الطِّفل) أخرجَ به الولدَ الكبيرَ، فإنَّ الهبةَ لا تتمُّ إلا بقبضه ولو كان في عياله، ولا يملكُ المولى قبضَ ما وُهبَ لعبده المحجور، وإذا قَبضَه العبدُ مَلكَه المولى؛ لأنَّه كسبُ عبده. ط[1].

(قوله: فَدَخَلَ الأَخُ) الأَوْلى: نحوُ الأخ؛ لِمَا سيأتي من أنَّ الأمَّ والملتقِطَ ممن يعولُه لو في حجرهما.

(قوله: عِنْدَ عَدَم الأَبِ) لأنَّ تصرُّفَهم كان للضَّرورة، ولا ضرورةَ مع حضوره، والمرادُ بعدم الأب: ما يعمُّ الغيبةَ المنقطعةَ. أفاده في «البحر»[2]. وأفادَ المؤلِّفُ أنَّ قبضَ غير

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٨.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٨.

(تَتِمُّ بِالعَقْدِ) لو الموهوبُ معلوماً ....

الأب مشروطٌ بشرطين: عدمِ الأب، وكونِ الصَّغير في عياله. والظَّاهرُ: أنَّ القولَ الصَّحيحَ الآتي في أنَّه لا يُشترطُ عدمُ الأب في الهبة الصَّادرة من الأجنبيِّ يأتي هنا، والمرادُ بالأب: مَنْ له ولايةُ التَّصرُّف في ماله. ط[1].

(قوله: تَتِمُّ بِالعَقْدِ) أي: بالإيجاب فقط كما يُشيرُ إليه الشَّارحُ، فلو أرسلَ العبدَ في حاجةٍ، أو كان آبِقاً في دار الإسلام، فوَهبَه من ابنه؛ صحَّتْ، ولو لم يرجعْ العبدُ حتَّى ماتَ الأبُ؛ لا يَصيرُ ميراثاً عن الأب. «تاترخانيَّة»[2]. لكن يُعكِّرُ على صحَّة الهبة في الآبق ما قدَّمْناه من أنَّها لو سقطتْ لؤلؤةٌ، فوَهبَها لرجلٍ وسلَّطَه على قبضها وطَلَبَها، فطلبَ وقَبَضَها؛ فالهبةُ باطلةٌ؛ لأنَّ في قيامها وقتَ الطَّلب خطراً، ووجهُه: أنَّ الآبقَ في وجوده خطرٌ، اللهمَّ إلا أن يُحملَ على ما إذا عُلِمَ وجودُه وقت الهبة، أو لأنَّ يدَ المولى باقيةٌ عليه حكماً؛ لقيام يد أهل الدَّار عليه، فيمنعُ ظهورُ يده تملُّكَهم إن دخلَ فيها. ولو وَهبَه بعد دخوله فيها لم يجزْ. ذكره الشُّرَّاحُ في باب استيلاء الكفَّار. فتأمَّل. وإذا وهبَ أحدٌ لطفلٍ ينبغي أن يُشهدَ، وهذا إذا أعلَمَه يشهدُ عليه، والإشهادُ للتَّحرُّز عن الجحود بعد موته، والإعلامُ لازمٌ؛ لأنَّه بمنزلة القبض. «بزَّازيَّة»[3]. ويأتي قريباً.

(قوله: لَوِ المَوْهُوبُ مَعْلُوماً) إذ لا يصحُّ تمليكُ المجهول، كنحو: "وهبتُ شيئاً من مالي"، ويأتي في قوله: (وضعوا هدايا الختَّان بين يد الصَّبيِّ... إلخ). وهل يُشترطُ فيه أن يكون مَحوزاً مقسوماً كما هو الشَّرطُ في الهبة، أو يقال: إنَّما شُرطَ ذلك لأجل تمام

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٨.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٦٤.

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٦.

وكان في يدِه أو يد مودَعِه؛ لأنَّ قبضَ الوليِّ يَنوبُ عنه. والأصلُ: أنَّ كلَّ عقدٍ يتولَّاه الواحدُ يُكتفى فيه بالإيجاب. (وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَجْنَبِيٌّ؛ يَتِمُّ بِقَبْضِ وَلِيِّهِ) وهو أحدُ أربعةٍ:

القبض، وهذا مقبوضٌ لوليِّ القبض، فلا يَفتقرُ إلى ذلك؟ الظَّاهرُ: نعم؛ لأنَّ من أودَعَ إنساناً دارَه الكبيرةَ وسلَّمه إيَّاها، ثمَّ وَهبَه نصفَها؛ فإنَّها لا تصحُّ الهبةُ مع أنَّها مقبوضةٌ بيده، وإن كان قبضاً غيرَ كاملٍ. قال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كلُّ شيءٍ وهبَه لابنه الصَّغير وأشهدَ عليه، وذلك الشَّيءُ معلومٌ في نفسه؛ فهو جائزٌ، والقصدُ أن يُعلمَ ما وَهبَه له، والإشهادُ ليس بشرطٍ لازمٍ، فإنَّ الهبةَ تتمُّ بالإعلام. «تاترخانيَّة»[1].

(قوله: وَكَانَ فِي يَدِهِ أَوْ يَدِ مُودَعِهِ) وكذا في يدِ مستعيره، لا مستأجِره وغاصبِه أو مرتهنه، أو المشترى منه بشراءٍ فاسدٍ. «بزَّازيَّة»[2]. قال الطَّحطاويُّ: واحترزَ بما ذُكرَ - أي: كونه في يده أو يد مودعه - عمَّا إذا كانت في يد الغاصب من الوليِّ أو المرتهن أو المستأجر، حيث لا تجوزُ الهبةُ لعدم قبضه؛ لأنَّ قبضَهم لأنفسهم. اهـ[3]. واستظهرَ السَّائحانيُّ: أنَّه إذا انقضتِ الإجارةُ أو ارتدَّ الغصبُ[4]؛ تتمُّ الهبةُ كما تتمُّ في نظائره.

(قوله: وَالأَصْلُ أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ... إلخ) منه: بيعُ الأب مالَه لابنه الصَّغير. اهـ «ذخيرة» و«تاترخانيَّة»[5]. والأَوْلى أن يقول: ويكفي الإيجابُ وحدَه والأصلُ... إلخ.

(قوله: وَهُوَ أَحَدُ أَرْبَعَةٍ) قال الشَّارحُ في كتاب المأذون عند قول المصنِّف: (وإن أذنَ للصَّبيِّ الذي يعقلُ البيعَ والشراءَ وليُّه... إلخ): المرادُ بالوليِّ: وليٌّ له التَّصرُّفُ في المال،

---

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٦٣.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٦.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٨.

(٤) كذا في بولاق، ولعل الصواب: (الغاصب).

(٥) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١٣٦.

الأبُ، ثمَّ وصيُّه، ثمَّ الجدُّ، ثمَّ وصيُّه وإن لم يكن في حِجْرِهم، وعند عدمهم تتمُّ بقبضِ من يعولُه، كعمِّه (وَأُمِّهِ وَأَجْنَبِيٍّ) ولو مُلتقِطاً (لَوْ فِي حِجْرِهِمَا) وإلا لا؛ لفواتِ الولايةِ.

وهو أبوهُ، ثم وصيُّ الأب، ثمَّ جدُّه أبو أبيه، ثمَّ وصيُّ جدِّه، ثم الوليُّ، ثمَّ القاضي ووصيُّ القاضي. اهـ سري الدِّين. وتقدَّم أنَّ الذي يتصرَّفُ في ماله تسعةٌ: الأبُ والجدُّ والقاضي ووصيُّهم ووصيُّ وصيِّهم، ومقتضاهُ: أنَّ قبضَ هؤلاء جميعاً ينوبُ عن قبضه. ثم رأيتُ صاحبَ «الهنديَّة» نقله عن «غاية البيان»[1]. ط[2]. ومرَّ قُبيل الوكالة في الخصومة.

(قوله: وَعِنْدَ عَدَمِهِمْ) ولو بالغيبة المنقطعة.

(قوله: تَتِمُّ بِقَبْضِ مَنْ يَعُولُهُ) لأنَّ له ولايةَ التَّصرُّف النَّافعِ؛ لثبوت يدهم عليه، حتَّى لا يكون لغيرهم نَزعُه من أيديهم، فكانوا أحقَّ بحفظه، وتحصيلُ المال من ضرورات حفظه لصرفِه في قُوته وملبوسه. ط[3].

(قوله: وَلَوْ مُلْتَقِطًا) لأنَّ له ولايةَ التَّصرُّف النَّافع أيضاً.

(قوله: لَوْ فِي حَجْرِهِمَا) بالفتح والكسر، والجمعُ: حُجورٌ. «صحاح»[4]. وحجرُ الإنسان: حُضنُه، وهو ما دون إبطِه إلى الكَشْح. ومعنى كونه في حجره: أنَّه في كَنفه ومَنعَتِه. اهـ أبو السُّعود عن الحموي[5]. وفي «الكشف»: الحجرُ: الكَنَفُ والتَّربيةُ. ط[6].

(قوله: وَإِلَّا لا) أي: إن لم يكن في الحَجرِ لا تتمُّ بقبضه وإن كان ذا رَحِمٍ مَحرمٍ منه. «منح».

---

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٢ عن «شرح الطحاوي».

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٨.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٨.

(٤) «الصحاح»: ص٦٢٣.

(٥) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٩١/ ب شهيد علي باشا، «فتح المعين»: ٣/ ٢٢٠.

(٦) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٨.

(وَبِقَبْضِهِ لَوْ مُمَيِّزاً) يعقلُ التَّحصيلَ (وَلَوْ مَعَ وُجُودِ أَبِيهِ) «مجتبى»[١]. لأنَّه في النَّافع المحضِ كالبالغ، حتَّى لو وهبَ له أعمى لا نفعَ له، وتلحَقُه مؤنتُه؛ لم يصحَّ قبولُه. «أشباه»[٢].

قلتُ: لكن في البرجنديِّ: اختلفَ فيما لو قبضَ من يعولُه والأبُ حاضرٌ، فقيل: لا يجوزُ، والصَّحيحُ هو الجوازُ. اهـ. وظاهرُ القُهُستانيِّ ترجيحُه، وعزاهُ لفخر الإسلام وغيره،

(قوله: يَعْقِلُ التَّحْصِيلَ) أي: تحصيلَ المال، وهو بيانٌ لتمييزه.

(قوله: لِأَنَّهُ فِي النَّافِعِ المَحْضِ) أي: لأنَّه جُعلَ في التَّصرُّف النَّافع الذي لا يحتملُ ضرراً كالبالغ، فينفذُ نظراً له، وجاز تصرُّفُ الوليِّ له في هذه الحالة نظراً له أيضاً، حتَّى ينفتحَ له سببُ تحصيل النَّفع بطريقينِ.

(قوله: حَتَّى لَوْ وَهَبَ لَهُ أَعْمَى) تفريعٌ على التَّقييد بقوله: (النافع).

أقول: وكذا لو وهبَ له تُراباً في داره لا يصحُّ. وقيل: إن كان يُشترى ذلك منه بشيءٍ فإنَّه يصحُّ قبولُه ولا يُردُّ، وإن كان لا يُشترى ويلزمُه مُؤنةُ النَّقل ونفقةُ العبد؛ فإنَّه يردُّ كما في «جامع الصِّغار» للأستروشنيِّ[٣].

(قوله: لَكِنْ فِي البُرْجُنْدِيِّ[٤]) استدراكٌ على قوله: (وعند عدمهم). ح.

(قوله: وَظَاهِرُ القُهُسْتَانِيِّ... إلخ) حيث قال: كما جازَ قبضُ هبة الأجنبيِّ لطفلٍ ممن يُربِّيه من الجدِّ أو الأخ أو العمِّ أو الأمِّ أو وصيِّه أو أجنبيٍّ وهو في عياله، وإن لم يكن

---

(١) «المجتبى»: ٣/ ٤١٨ عن «شرح القدوري» للأقطع

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٣.

(٣) «جامع أحكام الصغار»: ١/ ٢٥٩.

(٤) «شرح النقاية»: ق٢٤٣/ آ راغب باشا.

على خلاف ما اعتمدَه المصنِّفُ في «شرحه»، وعزاهُ «للخلاصة» ....

عاقلاً، وكان أبوه حاضراً في هذه الصُّور على ما قالوا منهم فخرُ الإسلام. وقال بعضُهم: لم يجزْ قبضُ غير الزَّوج حالَ حضرة الأب. والأوَّلُ المختارُ كما في «المضمرات». انتهى[1]. ونقل صاحبُ «الهنديَّة» عن «الخانيَّة»: أنَّه الصَّحيحُ، وأنَّه به يُفتى عن «الفتاوى الصُّغرى». اهـ[2]. والوصيُّ كالأب، والأمُّ كذلكَ لو الصَّبيُّ في عيالها إن وَهبتْ له أو وُهِبَ له؛ تملكُ الأمُّ القبضَ. وهذا إذا لم يكن للصَّبيِّ أبٌ ولا جدٌّ ولا وصيُّهما، وذكرَ الصَّدرَ: أنَّ عدمَ الأب لقبض الأمِّ ليس بشرطٍ، وذكرَ في الرَّجل إذا زوَّجَ ابنتَه الصَّغيرةَ من رجلٍ فزوَّجَها؛ يَملكُ قبضَ الهبة لها، ولا يجوز قبضُ الزَّوج قبل الزَّفاف وبعد البلوغ. وفي «التَّجريد»: قبضُ الزَّوْج يجوزُ إذا لم يكن الأبُ حيّاً، فلو أنَّ الأبَ ووصيَّه والجدَّ ووصيَّه غابَ غيبةً منقطعةً؛ جاز قبضُ الذي يتولَّاهُ، ولا يجوز قبضُ غير هؤلاء الأربعة مع وجودِ واحدٍ منهم، سواءٌ كان الصَّغيرُ في عياله أو لا، وسواءٌ كان ذا رَحِمٍ مَحرمٍ أو أجنبيّاً، وإن لم يكن واحدٌ من هؤلاء الأربعة؛ جازَ قبضُ مَنْ كان الصَّبيُّ في حجره، ولم يجزْ قبضُ مَنْ لم يكن في عياله. «بزَّازيَّة»[3]. قال في «البحر»: والمرادُ بالوجود: الحضورُ. اهـ[4].

وفي «غاية البيان»: ولا تملكُ الأمُّ وكلُّ من يعولُ الصَّغيرَ مع حضور الأب. وقال بعضُ مشايخنا: يجوزُ إذا كان في عيالهم كالزَّوْج، وعنه احترزَ في المتن بقوله: في الصَّحيح. انتهى. ويملكُ الزَّوجُ القبضَ لها مع حضور الأب، بخلاف الأمِّ وكلِّ مَنْ يعولُها غير

(١) «جامع الرموز»: ص٤٣٠.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٣.

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٧.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٨.

الزَّوج، فإنَّهم لا يَملكونَه إلا بعد موت الأب أو غيبتِه غيبةً منقطعةً في الصَّحيح؛ لأنَّ تصرُّفَ هؤلاء للضَّرورة، لا بتفويض الأبِ، ومع حضور الأب لا ضرورةَ. «جوهرة»[1]. وإذا غابَ أحدُهم غيبةً منقطعةً؛ جاز قبضُ الذي يتلوهُ في الولاية؛ لأنَّ التَّأخيرَ إلى قدومِ الغائب تفويتُ المنفعة للصَّغير، فتنتقلُ الولايةُ إلى من يتلوه كما في الإنكاح، ولا يجوزُ قبضُ غير هؤلاء مع وجود أحدهم ولو في عيال القابض، أو رَحِماً محرماً منه، كالأخ والعمِّ والأمِّ. «بدائع» ملخَّصاً[2]. ولو قبضَ له مَنْ هو في عياله مع حضور الأب؛ قيل: لا يجوزُ، وقيل: يجوزُ، وبه يُفتى. «مشتمل الأحكام». والصَّحيحُ هو الجوازُ، كما لو قبضَ الزَّوجُ والأبُ حاضرٌ. «خانيَّة»[3]. والفتوى على أنَّه يجوزُ. أستروشني.

فقد علمتَ أنَّ «الهداية» و«الجوهرة» على تصحيح عدم جواز قبض مَنْ يعولُه مع عدم غيبة الأب، وبه جزمَ صاحبُ «البدائع»، وقاضيخان وغيرُه من أصحاب الفتاوى صحَّحوا خلافَه، وهو تصحيحُ جوازِ قبض مَن يعولُ الصَّغيرَ ولو مع حضرة الأب، وكن على ذُكرٍ مما قاله العلَّامةُ قاسمٌ من أنَّه لا يُعدلُ عن تصحيح قاضيخان؛ لأنَّه أجلُّ مَن يُعتمدُ على تصحيحه، فإنَّه فقيهُ النَّفس، ولا سيَّما وفيه هنا نفعٌ للصَّغير، ويَشهدُ له صحَّةُ قبول الصَّغير بنفسه إذا كان مميِّزاً ولو كان الأبُ حاضراً، وأيضاً قد وُجدتْ دلالةُ تفويض الأب أمورَ الصَّبيِّ إلى مَن يعولُه كما يأتي في الزَّوجة الصَّغيرة بعد الزِّفاف، فليكن العملُ على هذا القول، ولا سيَّما وقد صُحِّحَ بلفظ الفتوى، وهو آكدُ ألفاظ التَّصحيح. وظاهرُ كلام

(١) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٢٧.

(٢) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١٢٦.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٩١.

لكنَّ متنَه يَحتملُه بوصلِ "ولو" بـ"أمِّه والأجنبيِّ" أيضـًا. فتأمَّلْ. (وَصَحَّ رَدُّهُ............

الشَّارح اختيارُه حيث نقلَ تصحيحَه عن البرجنديِّ مُستدركـًا على ظاهر عبارة المصنِّف. فتأمَّلْ عند الفتوى. وإنَّما أكثرتُ من النُّقول؛ لأنَّه واقعةُ الفتوى، وبعضُ هذه النُّقول نقلْتُها من خطِّ منلا علي التُّركمانيِّ، واعتمدتُ في عزوها عليه، فإنَّه ثقةٌ ثبتٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ. كذا بخطِّ سيدي الوالد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1].

(قوله: لَكِنَّ مَتْنَهُ يَحْتَمِلُهُ) أي: الجوازَ، أي: كون الأمِّ والأجنبيِّ لهم القبضُ مع وجود الأب يفيدُ المدَّعى الذي هو القبضُ مع خصوص الحضور؛ لأنَّ الحضورَ فردٌ من أفراد الوجود.

(قوله: بِوَصْلِ: "وَلَوْ") أي: بسبب وصلِ قوله المصنِّف: (ولو مع وجود أبيه).

(قوله: بِأُمِّهِ وَالأَجْنَبِيِّ) الجارُّ متعلِّقٌ بـ(وصل)، يعني: يحتملُه إذا وصلَ قولُ المتن: (ولو مع وجود أبيه) بقوله: (وأمه وأجنبي). اهـ، أي: وبقبضِه ولو مع وجود أبيه، لكنَّه خلافُ ظاهر المتن، وخلافُ ما أوضحَه المصنِّفُ في شرحه: بأنَّ وَصلَه إنَّما هو بقبضه فقط منقطعٌ عن قوله: (وأمه وأجنبي).

(قوله: أَيْضـًا) أي: كما وُصلَ بقوله: (ولو مميِّزاً).

(قوله: وَصَحَّ رَدُّهُ) أي: ردُّ الصَّبيِّ، وانظرْ حكمَ ردِّ الولي، والظَّاهرُ: أنَّه لا يصحُّ، حتَّى لو قَبِلَ الصَّبيُّ بعد ردِّ وليِّه صحَّ، وهل يُكرهُ ذلك؛ لأنَّه لا مصلحةَ فيه؟ الظَّاهرُ: نعم. ط[2].

(١) «رد المحتار»: ١٤/ ٥٧٦.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٩.

لَهَا كَقَبُولِهِ) «سراجيَّة»[1]. وفيها: حَسناتُ الصَّبيِّ له، ....

(قوله: لَهَا) أي: للهبة.

(قوله: كَقَبُولِهِ) أقول: وكذا قبولُ العبد المحجور صحيحٌ كما في «رمز المقدسيِّ» حيث قال فيه: وُهبَ لعبدٍ محجورٍ ونحوه؛ فالقبولُ والقبضُ له؛ لأنَّ ذلك نافعٌ للمولى، والعبدُ مالكٌ لمثله كالاحتطاب، والملكُ للمولى، وكذا المكاتَبُ، لكن لا يملِكُه المولى. انتهى. قلتُ: ولم يذكرِ الردَّ، والظَّاهرُ: أنَّ له الردَّ، وأطلقَ صحَّةَ القبول منه، فشملَ ما إذا كان الأبُ حيّاً أو ميتاً كما في «الخلاصة».

وفي «المبسوط»: وهبَ للصَّغير شيئاً؛ ليس له أن يَرجعَ فيه، وليس للأب التَّفويضُ. اهـ. وفي «الخانيَّة»: ويَبيعُ القاضي ما وُهبَ للصَّغير حتَّى لا يرجعَ الواهبُ في هبته. اهـ[2]. وهو مخالفٌ لِمَا تقدَّم عن «المبسوط»، ويأتي في كلام الشَّارح عن «الخانيَّة»، وكذا في باب الرُّجوع في الهبة مع التَّكلُّم على ذلك.

وقيَّدَ بالهبة؛ لأنَّ المديونَ لو دفعَ ما عليه للصَّبيِّ ومستأجرَه لو دفعَ الأجرةَ إليه؛ لا يصحُّ، وأفادَ أنَّه لا تصحُّ الهبةُ للصَّغير الذي لا يَعقلُ ولا تتمُّ بقبضه، وأشارَ بإطلاقه إلى أنَّ الموهوبَ له لو كان مديوناً للصَّغير تصحُّ الهبةُ ويسقطُ الدَّينُ كما في «الخانية».

(قوله: حَسَنَاتُ الصَّبِيِّ لَهُ) أي: فيُثابُ عليها وترفعُ درجاتُه؛ إذ لا ذنوبَ عليه حتَّى تُكفِّرَ بها، وهذا هو المعتمدُ. وقيل: لوالديه، وعليه فهل يتساويانِ، أو للأمِّ الثُّلُثان منه؟ قيل وقيل.

---

(١) «الفتاوى السراجية»: ص٤١١.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٩١.

ولأبويه أجرُ التَّعليم ونحوِه، ويُباحُ لوالدَيْه أن يأكُلا من مأكولٍ وُهبَ له ....

(قوله: وَلِأَبَوَيْهِ) عبَّر بعضُهم بوليِّه، وهو أعمُّ. قال الأستروشنيُّ في «جامع أحكام الصغار»: حسناتُ الصَّبيِّ قبل أن يَجريَ عليه قَلَمٌ له؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ﴾[النجم: ٣٩]، وهذا قولُ عامَّة المشايخ. وقال بعضُهم: ينتفعُ المرءُ بعِلْم ولده بعد مدَّته؛ لِمَا روي عن أنس بن مالكٍ أنَّه قال: من جملةِ ما ينتفعُ به المرءُ بعد موته: أن يتركَ ولداً علَّمَه القرآنَ أو العلمَ، فيكون لوالدِه أجرُ ذلك من غير أن ينقصَ من أجر الولد شيءٌ. انتهى(١). ومثلُه في كتاب «الكراهية للعلَّامي». ويؤيِّدُه قولُه ﷺ: «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ»(٢). انتهى.

(قوله: أَجْرُ التَّعْلِيمِ) أي: إن علَّماه. «بزَّازيَّة»(٣).

(قوله: وَنَحْوِهِ) كالإرشاد والتَّسبُّب للوجود والبقاء. كذا في «المنح»(٤).

(قوله: وَيُبَاحُ لِوَالِدَيْهِ) التَّقييدُ بهما مخرجٌ غيرَهما.

(قوله: مِنْ مَأْكُولٍ وُهِبَ لَهُ) لأنَّ الإهداءَ إليهما، وذكرُ الصَّبيِّ لاستصغار الهديَّة. «هنديَّة»(٥). قال في «التَّاترخانيَّة»: روي عن محمدٍ نصّاً: أنَّه يُباحُ، وفي «الذَّخيرة»: وأكثرُ مشايخ بخارى على أنَّه لا يُباحُ. وفي «فتاوى سمرقند»: إذا أهديَ الفواكهُ للصَّغير يحلُّ

(١) «جامع أحكام الصغار»: في مسائل الكراهية: ١/ ٢١٦- ٢١٧.

(٢) تقدم تخريجه: ٥/ ٦٠٠.

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٧.

(٤) «منح الغفار»: ق٥٢٨/ آ فيض الله.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٣.

وقيل: لا. انتهى[١]. فأفادَ أنَّ غيرَ المأكول لا يُباحُ لهما إلا لحاجةٍ. وَضَعوا هدايا الختانِ بين يدي الصَّبيِّ، فما يَصلحُ له كثياب الصِّبيان فالهديَّةُ له، ....

للأبوين الأكلُ منها إذا أريدَ بذلك الأبوانِ، لكن أهديَ للصَّغير استصغاراً للهديَّة[٢]. انتهى[٣].

قلتُ: وبه يحصلُ التَّوفيقُ، ويظهرُ ذلك بالقرائن، وعليه فلا فرقَ بين المأكول وغيره، بل غيرُه أظهرُ. فتأمَّلْ.

(قوله: وَقِيلَ: لَا) قاله أكثرُ أئمَّةِ بخارى.

(قوله: فَأَفَادَ) أصلُه لصاحب «البحر»[٤]، وتبعَه المصنِّفُ في «منحه»[٥].

(قوله: إِلَّا لِحَاجَةٍ) كفقر الوالدين، وذلك على وجهينِ: أمَّا إن كان في المصرِ واحتاجَ لفقره؛ أكلَ بغير شيءٍ، وإن كان في المفازة واحتاجَ إليه لانعدام الطَّعام معه؛ أكلَ بالقيمة كما في «التاترخانية». وذكره الحمويُّ عن «الخانيَّة»[٦].

(قوله: فَمَا يَصْلُحُ لَهُ) كثياب الصِّبيان، وكشيءٍ يَستعملُه الصِّبيانُ مثل الصَّولجان والكرة، فالهديَّةُ له؛ لأنَّ هذا تمليكٌ للصَّبيِّ عادةً. «هنديَّة»[٧].

(قوله: فَالهَدِيَّةُ لَهُ) الأَوْلى أن يقول: فهو له.

---

(١) «الفتاوى السراجية»: ص٤١١.

(٢) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١٦٧.

(٣) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٤٠.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٨.

(٥) «منح الغفار»: ق٥٢٨/ آفيض الله.

(٦) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٩١/ ب شهيد علي باشا.

(٧) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٣.

وإلا فإنِ المُهدِي من أقرباء الأبِ أو معارفه فللأب، أو من معارف الأمِّ فللأمِّ، ....

(قوله: وَإِلَّا) بأنَّ كانت الهديَّةُ لا تَصلحُ للصَّبيِّ عادةً كالدَّراهم والدَّنانير. «هندية»[1]. وكالحيوان ومتاعِ البيت يُنظرُ إلى المُهدي... إلخ. «منح».

تنبيهٌ: في «الفتاوى الخيريَّة»: سُئِلَ فيما اعتادهُ النَّاسُ في الأفراح والأعراس والرُّجوعِ من الحجِّ من إعطاء الثِّياب والدَّراهم، وينتظرونَ بدلَه عندما يقعُ لهم مثلُ ذلك: ما حُكمُه؟ أجابَ: إن كان العرفُ شائعاً فيما بينهم أنَّهم يعطونَ ذلك ليأخُذوا بدلَه؛ كان حكمُه حكمَ القرض، فاسدُه كفساده، وصحيحُه كصحيحه؛ إذ المعروفُ عُرْفاً كالمشروط شرطاً، فيُطالبُ به ويحبسُ عليه. وإن كان العرفُ خلافَ ذلك، بأنَّ كانوا يدفعونه على وجه الهبة، ولا ينظرونَ في ذلك إلى إعطاء البدل؛ فحكمُه حكمُ الهبة في سائر أحكامه، فلا رجوعَ فيه بعد الهلاك أو الاستهلاك، والأصلُ فيه: أنَّ المعروفَ عرفاً كالمشروط شرطاً. اهـ[2].

قلتُ: والعُرفُ في بلادنا مشتركٌ. نعم، في بعض القُرى يعدُّونه كالقرض، حتَّى إنَّهم في كلِّ وليمةٍ يُحضرونَ الخطيبَ يكتبُ لهم جميعَ ما يُهدى، فإذا فعلَ المهدي وليمةً يُراجعُ المهدى إليه دفترَ الخطيب، فيُهدي الأوَّلُ للثَّاني مثلَ ما أهدى إليه.

(قوله: أَوْ مِنْ مَعَارِفِ الأُمِّ) الأَوْلى زيادةُ: أقاربها كما في الأب، وبه صرَّحَ في «البزَّازيَّة»[3].

(قوله: فَلِلْأُمِّ) لأنَّ التَّمليك هنا من الأمِّ عرفاً، وهناك من الأب، فكان التَّعويلُ على

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٣.
(٢) «الفتاوى الخيرية»: ٢/ ١١١.
(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٧.

قال: "هذا للصَّبيِّ" أو لا، ولو قال: "أهديتُ للأب أو للأمِّ"؛ فالقولُ له، وكذا زِفافُ البنت. «خلاصة».

العرف، حتَّى لو وُجدَ سببٌ أو وجهٌ يُستدلُّ به على غير ما قلنا يُعتمدُ على ذلك. «هنديَّة»[1].

فلو كان من معارِفِ كلٍّ منهما أو أقاربه هل يُقسمُ بينهما؟ يُراجعُ.

(قوله: قَالَ: "هَذَا لِلصَّبِيِّ" أَوْ لَا) أي: لا عِبرةَ بهذا القول؛ لأنَّهم اعتادوا إرادةَ بِرِّ الوالدين والتَّستُّرَ بمثل هذه العبارة تعظيماً لقَدْر الأبوين ،وهذا إذا لم يمكن استطلاعُ الحقيقة، أمَّا لو أمكنَ الاستخبارُ من المعطي؛ فالعبرةُ لِمَا يُبيِّنُه كما قال الشَّارحُ: (ولو قال: أهديت... إلخ). قال في «الهنديَّة» عن «الظَّهيريَّة»: وهذا كلُّه إذا لم يقل المهدي شيئاً وتعذَّرَ الرُّجوعُ إلى قوله، أمَّا إذا قال: "أهديتُ إلى الأب أو الأمِّ أو الزَّوج أو المرأة"؛ فالقولُ للمهدي. اهـ[2].

أقول: ولا ينافي هذا قولُه: (هذا للصَّبيِّ أو لا)؛ لِمَا سمعتَه من أنَّه لا عِبرةَ بهذا القول؛ لأنَّهم اعتادوا برَّ الوالدين والتَّستُّر... إلخ، أمَّا هنا فأرادَ إظهارَ حقيقة الحال، فيُعتبرُ قولُه؛ لأنَّه هو المملِّكُ، وهو أدرى لمن وَهبَ. فافهمْ.

(قوله: وَكَذَا زِفَافُ البِنْتِ) أي: وكذلك إن اتَّخذَ وليمةً لزفاف ابنته، فأهدى النَّاسُ هدايا؛ فهو على ما ذكرنا من التَّفصيل، بأن كان من أقرباءِ الزَّوج أو المرأة، أو قال المهدي: أهديتُ للزَّوج أو المرأة كما في «التَّاترخانيَّة»[3]. والزِّفافُ بكسر الزاي مصدرُ: زَفَفْتُ المرأةَ أزفُّها زَفّاً وزِفَافاً. اهـ نوح أفندي. والمرادُ بالزِّفاف: بعثُها إلى بيته. قهستاني[4].

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٣.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٣.

(٣) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٤١.

(٤) «جامع الرموز»: ص٤٣٠.

وفيها: اتَّخذَ لولده أو لتلميذه ثياباً، ثمَّ أرادَ دفعَها لغيرِهِ؛ ليس له ذلكَ ....

(قوله: اتَّخَذَ لِوَلَدِهِ) أي: الصَّغير، وأمَّا الكبيرُ؛ فلا بُدَّ من التَّسليم كما قدَّمْنا، ومثلُه في «جامع الفتاوى». وأمَّا التِّلميذُ؛ فلو كبيراً فكذلكَ، ويملكُ الرُّجوعَ عن الهبة له لو أجنبيّاً مع الكراهة، ويمكن حملُ قوله: (ليس له ذلك) عليه، ونظيرُ ذلك ما يأتي: لو سيَّبَ دابَّتَه وقال: هي لمن أخذَها؛ ليس له الرُّجوعُ.

(قوله: أَوْ لِتِلْمِيذِهِ) مسألةُ التِّلميذ مفروضةٌ بعدما دفعَ الثِّيابَ إليه، قال في «الخانيَّة»: اتَّخذَ شيئاً لتلميذه، فأبقَ التِّلميذُ بعدما دفعَ إليه: إن بيَّنَ وقتَ الاتِّخاذ أنَّه إعارةٌ؛ يمكِنُه الدَّفعُ إلى غيره[1]. فافهمْ.

(قوله: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ) أي: بعدما دفعَ الثِّيابَ إليه، قال في «الهندية»: اشترى ثوباً، فقَطعَه لولده الصَّغير؛ صارَ واهباً له بالقطع مُسلِّماً إليه قبل الخياطة، ولو كان كبيراً؛ لم يَصِرْ مُسلِّماً إليه إلا بعد الخياطة والتَّسليم. اهـ «قنية»[2]. وهذا يُفيدُ تفصيلاً بين الولد الصَّغير والكبير، فالاتِّخاذُ يكفي في الصَّغير بدون تسليمٍ، لا في الكبير، فيُحملُ كلامُه على الصَّغير. وفي «البزَّازيَّة»: اتَّخذَ لولده الصَّغير ثياباً؛ يملِكُها ـ وكذا الكبيرُ ـ بالتَّسليم[3]، ويُنظرُ الوجهُ في التِّلميذ، فإنَّ ذلك في حقِّه هبةٌ، وهي لا تتمُّ إلا بالقبض، ولم يحصلْ بمجرَّد الاتِّخاذ، إلا أن يُحملَ الاتِّخاذُ في حقِّه على التَّسليم، فإنَّه إذا سلَّمَه ثمَّ هربَ التِّلميذُ؛ فليس له أن يُعطِيَها لغيره. وعبارةُ «البزَّازيَّة»: وكذا لو اتَّخذَ لتلميذه ثياباً، فأبقَ التِّلميذُ، فأرادَ أن

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٩٠.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٢.

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٩.

ما لم يُبيِّن وقتَ الاتِّخاذ أنَّها عاريةٌ. وفي «المبتغى»: ثيابُ البدن ....

يدفَعَها لغيره، وإن أرادَ الاحتياطَ؛ يُبيِّنُ وقتَ الاتِّخاذ أنَّها عاريةٌ ليمكنَه الدَّفعُ إلى غيره[1]، فقولُه: إنَّها عاريةٌ يفيدُ التَّسليمَ؛ لأنَّ العاريةَ لا تتحقَّقُ إلا بالتَّسليم. ط[2].

(قوله: مَا لَمْ يُبَيِّنْ... إلخ) قال في «البحر»: وإن أرادَ الاحتياطَ يُبيِّنُ أنَّها عاريةٌ حتَّى يُمكِنَه أن يدفعَ إلى غيره. اهـ[3]. وفي «الحاوي الزَّاهديِّ» برمز بم: دفعَ لولده الصَّغير قُرْصاً، فأكلَ نصفَه، ثمَّ أخذه منه ودفعَه لآخرَ؛ يَضمنُ إذا كان دَفعَه لولده على وجه التَّمليك، وإذا دَفعَه على وجه الإباحة لا يضمنُ. قال: عُرِفَ به أنَّ مجرَّدَ الدَّفع من الأب إلى الصَّغير لا يكونُ تمليكاً، وإنَّه حَسَنٌ. اهـ. تأمَّلْ.

(قوله: وَفِي «المُبْتَغَى»... إلخ) عبارتُه ـ كما في «البحر» ـ: مَنْ صنعَ لولده ثياباً قبل أن يُولدَ ليُوضعَ عليها نحوُ الملحفةِ والوسادة، ثم ولدَتْه امرأتُه ووُضعَ عليها، ثمَّ مات الولدُ؛ لا تكون الثِّيابُ ميراثاً ما لم يُقِرَّ أنَّ الثِّيابَ ملكُ الولد، بخلاف ثياب البدن، فإنَّه يملِكُها إذا لَبِسَها، كمن قال: إنَّ فلاناً كان لابساً؛ فهو إقرارٌ له، بخلافِ ما إذا قال: كان قاعداً على هذا البِساط أو نائماً عليه؛ لا يكون مقرّاً له بذلك. اهـ[4]. وفي «الهنديَّة»: قال أبو القاسم: ولو جهَّزتِ المرأةُ لولدها الذي في بطنها ثياباً، فولدتْ، فإن وُضعَ الولدُ على الثِّياب؛ فالثِّيابُ ميراثٌ، قال الفقيهُ: وعندي أنَّ الثِّيابَ لها ما لم تُقِرَّ المرأةُ أنَّها جعلَتْه ملكاً للصغير[5]، ألا ترى أنَّه لو كان الصَّبيُّ مقدارَ عشر سنينَ أو نحو ذلك، فبسطتْ له

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٨.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٩.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٨.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٨.

(٥) في بولاق: (للغير)، وهو تصحيف.

يملِكُها بلُبْسها، بخلاف نحوِ مِلحفةٍ وِوِسادةٍ. وفي «الخانيَّة»: لا بأسَ بتفضيل بعض الأولاد في المحبَّة؛ لأنَّها عملُ القلب، ....

كلَّ ليلةٍ فِراشاً وبسطتْ عليه مِلحَفةً أو لِحافاً؛ لم يَصِرْ للولد ما لم تقل: هذا لكَ، كذلكَ هنا، وليس هذا بمنزلة ثياب البدن. اهـ[١]. أي: فإنَّها تصيرُ ميراثاً عنه إذا لَبِسَها للعُرف بالتَّمليك منه، ويُفرَّقُ بينهما وبين مسألة الاتِّخاذ: بأنَّ هذه فيمن سيُولدُ، ومسألةُ الاتِّخاذ فيمن وُلِدَ. ط[٢].

(قوله: يَمْلِكُهَا بِلُبْسِهَا) هذا إذا كانت مهيَّأةً عند الأب ودَفَعَها لولده، أمَّا لو قَطعَها لتُخاطَ له؛ فإنَّ الولدَ يملِكُها بمجرَّد القطع. لكن يُشكلُ على ذلك ما قدَّمْناه عن «الحاوي الزاهدي».

(قوله: بِخِلَافِ نَحْوِ مِلْحَفَةٍ وَوِسَادَةٍ) لأنَّ العرفَ أنَّ الثِّيابَ تملكُ للولد، بخلاف أثاث المنزل، فإنَّه باقٍ على ملك الأب أو الأمِّ وإن انتفعَ به الأولادُ.

أقول: والعرفُ في ديارنا: أنَّ أهلَ الأمِّ يُهيِّئون للولد السَّرير وفرشَه ولبسَ الولد، فإذا وُلدَ ألبسوه الثِّيابَ ووضعوه في السَّرير المفروش، وهذا لا شكَّ في كونه للولد كما عليه العادةُ في بكرها، فيورثُ ذلك عنه إذا ماتَ.

(قوله: لِأَنَّهَا عَمَلُ القَلْبِ) وذلك غيرُ مقدورٍ له، يدلُّ عليه حديثُ القَسْم: «اللَّهُمَّ هَذَا قَسْمِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلَا تُؤَاخِذْنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ»[٣]، والمرادُ بما لا يملكُ: المحبَّةُ.

---

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٢.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٣٩٩.

(٣) رواه أبو داود: ٢١٣٤، والترمذي: ١١٤٠، والنسائي: ٣٩٤٣، وابن ماجه: ١٩٧١ من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، وفيه: (فلا تلمني) بدل: (فلا تؤاخذني).

وكذا في العطايا إن لم يَقصدْ به الإضرارَ، وإن قَصدُه يُسوِّي بينهم، يُعطي البنتَ كالابن عند الثَّاني، ....

(قوله: وَكَذَا فِي العَطَايَا) ويُكرهُ ذلك عند تساويهم في الدَّرَجة كما في «المنح» و«الهنديَّة»[١]. أمَّا عند عدم التَّساوي، كما إذا كان أحدُهم مُشتغلاً بالعلم لا بالكسب؛ لا بأسَ أن يفضِّلَه على غيره كما في «الملتقط»[٢]، أي: ولا يُكرهُ. وفي «المنح»: رويَ عن الإمام: أنَّه لا بأسَ به إذا كان التَّفضيلُ لزيادة فضلٍ له في الدِّين. وفي «خزانة المفتين»: إن كان في ولدِه فاسقٌ لا ينبغي أن يُعطِيَه أكثرَ من قوته؛ كيلا يَصيرَ مُعِيناً له في المعصية. اهـ[٣]. وفي «الخلاصة»: ولو كان ولدُه فاسقاً، فأرادَ أن يَصرفَ مالَه إلى وجوه الخير ويَحرِمَه عن الميراث؛ هذا خيرٌ من تركه. اهـ. أي: للولد، وعلَّلَه في «البزَّازيَّة» بالعلَّة المذكورة[٤].

(قوله: إِذَا لَمْ يَقْصِدْ بِهِ الإِضْرَارَ) أي: فلا بأس بالتَّفضيل، ومع قصدِه لا بأس بالمساواة، ولا تجوزُ الزِّيادةُ. رملي[٥].

(قوله: وَإِنْ قَصْدُهُ) مصدرُ: قَصَدَ، وعبارةُ «المنح»: وإن قَصدَ به الإضرارَ[٦]، وهكذا رأيتُه في «الخانيَّة»[٧].

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩١، «منح الغفار»: ق٥٢٨/ آ فيض الله.

(٢) «الملتقط»: ص٣١٠.

(٣) «خزانة المفتين»: ج٢/ ق٢٤٧/ آ محمد عاصم.

(٤) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٧.

(٥) «لوائح الأنوار»: ق٧٤/ آ ولي الدين.

(٦) «منح الغفار»: ق٥٢٨/ ب فيض الله.

(٧) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٩.

وعليه الفتوى. ولو وهبَ في صحَّتِه كلَّ المال للولد؛ جازَ وأثِمَ. وفيها: لا يجوزُ أن يهبَ شيئاً من مال طفله ....

(قوله: وَعَلَيْهِ الفَتْوَى) أي: على قول أبي يوسفَ من أنَّ التَّنصيفَ بين الذَّكَر والأنثى أفضلُ من التَّثليث الذي هو قولُ محمدٍ. رملي[1]. قال في «البزَّازيَّة»: الأفضلُ في هبة البنت والابن التَّثليثُ كالميراث. وعند الثَّاني: التَّنصيفُ، وهو المختارُ. ولو وهبَ جميعَ ماله من ابنه؛ جازَ قضاءً، وهو آثمٌ. نصَّ عليه محمدٌ. اهـ[2]. فأنت ترى نصَّ «البزَّازيَّة» خالياً عن قصد الإضرار، وقال في «الخانيَّة»: ولو وهبَ رجلٌ شيئاً لأولاده في الصحَّة، وأرادَ تفضيلَ البعض على البعض في ذلكَ؛ لا روايةَ لهذا في «الأصل» عن أصحابنا، ورويَ عن الإمام أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّه لا بأسَ به إذا كان التَّفضيلُ له لزيادةِ فضلٍ في الدِّين، وإن كانا سواءً يُكرهُ. وروى المعلَّى عن أبي يوسفَ: أنَّه لا بأسَ به إذا لم يَقصدْ به الإضرارَ، وإن قصدَ به الإضرارَ؛ سوَّى بينهم يُعطي الابنةَ مثلَ ما يُعطي الابنَ. وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُعطي للذَّكَر ضعفَ ما يُعطي للأنثى. والفتوى على قول أبي يوسفَ[3].

(قوله: كُلَّ المَالِ لِلْوَلَدِ) أي: وقَصدَ حِرمانَ بقيَّة الورثة كما يتَّفقُ ذلك فيمن تركَ بنتاً وخافَ مشاركةَ العاصب.

(قوله: جَازَ) أي: صحَّ لا يُنقضُ، وفي بعض المذاهب: يُردُّ عليه قصدُه، ويُجعلُ متروكُه ميراثاً لكلِّ الورثة. ط[4].

---

(١) «لوائح الأنوار»: ق٧٤/آ ولي الدين.

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٧.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٩ - ١٩٠.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٠.

ولو بعِوَضٍ؛ لأنَّها تبرُّعٌ ابتداءً[1]. وفيها: ويَبيعُ القاضي ما وُهبَ للصَّغير حتَّى لا يَرجعَ الواهبُ في هبته[2].

(قوله: وَلَوْ بِعِوَضٍ) أي: ولو كانت الهبةُ بعِوَضٍ جاءَ للصَّبيِّ قبلُ أو يحصلُ بعدُ، وظاهرُه: ولو العِوضُ أكثرَ. وأجازها محمدٌ بعِوَضٍ مساوٍ كما يذكرُ آخرَ الباب الآتي.

(قوله: وَيَبِيعُ القَاضِي... إلخ) لأنَّه من المصلحة للصَّبيِّ، وهذا مخالفٌ لِمَا في «المبسوط»، ونصُّه: وهبَ للصَّغير شيئاً؛ ليس له أن يَرجعَ فيه، وليس للأب التَّعويضُ. اهـ. وفي «المنية»: وهبَ للصَّغير، فعوَّضَ الأوَّلَ من مال الابن؛ لا يجوزُ، وإذا لم يَجُزْ؛ لم يَجُزْ للواهب أن يرجعَ. وفيها عن «السِّراجيَّة»: وهبَ للصَّغير لا يملكُ الرُّجوعَ. وقيل: هذا إذا نوىَ الصَّدقةَ. اهـ[3].

أقول: لكن في «البزَّازيَّة»: وهبَ للصَّغير، فعوَّضَ أبوهُ من ماله؛ لا يجوزُ، وإن عوَّضَ؛ فللواهب الرُّجوعُ لبطلان التَّعويض. اهـ[4]. وقولُه: من ماله أي: مال الصَّغير، فلو من مال الأب صحَّ؛ لِمَا سيأتي في الباب الآتي من صحَّة التَّعويض من الأجنبيِّ، وعليه فيتعيَّنُ حملُ عدم الرُّجوع فيما إذا عوَّضَ الأبُ أو الأجنبيُّ من مالهما، أو كان نوى الواهبُ عند الإعطاء الصَّدقةَ. فتأمَّلْ. قال ط: وانظرْ ما حكمُه وإن نظَرْنا إلى ما علَّلْنا به كان واجباً إن تيقَّنَ الرُّجوعُ، وكان الأبُ ونحوُه في حكم القاضي. ويُحرَّرُ[5].

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٩١.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٩١.

(٣) «الفتاوى السراجية»: ص٤٠٧.

(٤) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٨.

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٠.

(وَلَوْ قَبَضَ زَوْجُ الصَّغِيرَةِ) أَمَّا البالغةُ؛ فالقبضُ لها (بَعْدَ الزِّفَافِ مَا وُهِبَ لَهَا؛ صَحَّ) قبضُه ولو بحضرةِ الأب في الصَّحيح؛ لِنيابته عنه، فصحَّ قبضُ الأب كقبضِها مميِّزةً.

(قوله: وَلَوْ قَبَضَ زَوْجُ الصَّغِيرَةِ) سواءٌ كانت ممن يُجامَعُ مثلُها أو لا في الصَّحيح. «بحر»[1].

(قوله: فَالقَبْضُ لَهَا) لا لزوجها ولا لأبيها. «بحر»[2].

(قوله: مَا وُهِبَ لَهَا) احترزَ به عن دُيونٍ لها، فلا يملكُ قبضَها مطلقاً. «بحر»[3].

(قوله: لِنِيَابَتِهِ عَنْهُ) لأنَّه فوَّضَ أمورَها إليه دلالةً، قال الشمنيُّ: لأنَّه حينئذٍ له عليها ولايةٌ لكونه يَعولُها. وفي «الذَّخيرة»: شرطَ بعضُ أصحابنا أن يكون يُجامعُ مثلُها، والصَّحيحُ: أنَّه إذا كان يَعولُها يصحُّ قبضُه لها، سواءٌ كان يُجامعُ مثلُها أو لا؛ لأنَّها لَمَّا زُفَّتْ إليه؛ أقامَ الأبُ الزَّوجَ مقامَ نفسه في حفظها وحفظِ مالها، وقبضُ الهبة من باب الحفظ. اهـ.

(قوله: فَصَحَّ قَبْضُ الأَبِ كَقَبْضِهَا مُمَيِّزَةً) تفريعٌ على العلَّة؛ لأنَّ النَّائبَ إذا كان يملكُ قبضَ ذلك؛ فالأصيلُ أَوْلى. وقيَّدَ به؛ لأنَّ الأمَّ وكلَّ من يَعولُها لا يملكونَ القبضَ إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبةً منقطعةً؛ لأنَّ تصرُّفَ هؤلاء للضَّرورة لا بتفويض الأب، ولا ضرورةَ مع الحضور. «منح». وقدَّمَ المؤلِّفُ: أنَّ الصَّحيحَ جوازُ قبض مَنْ يعولُ الصَّغيرَ ولو مع وجود الأب. ط[4]. لكن قدَّمْنا عن «الهداية» و«الجوهرة» تصحيحَ عدم جواز قبضِ من يعولُه مع عدم غيبة الأب، وبه جزمَ في «البدائع»، وأنَّ قاضيخان وغيرَه صحَّحُوا الجوازَ، كما لو قبضَ الزَّوجُ والأبُ حاضرٌ، وأنَّ الفتوى عليه، لا سيَّما وفيه نفعٌ للصَّغير.

---

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٩.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٩.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٩.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٠.

(وَقَبْلَهُ) أي: الزِّفافِ؛ (لا) يصحُّ؛ لعدم الولاية.

والحاصلُ: أنَّه اختلفَ التَّصحيحُ في هذه المسألة كما سمعتَ، لكن لا يُعدلُ عن تصحيح قاضيخان كما قرَّروا؛ لأنَّه فقيهُ النَّفْس.

(قوله: لِعَدَمِ الوِلَايَةِ) أي: الاستيلاء عليها بالفعل؛ لأنَّ ولايتَه عليها إنَّما تكون بالدُّخول؛ لأنَّ به تَصيرُ هي وما في يدها في تصرُّفه عادةً، وإن لم يكن له عليها ولايةٌ شرعيَّةٌ، فإنَّه لا يتصرَّفُ في مالها، وإنَّما يَقبضُ هبَتَها بعد الدُّخول نيابةً عن الأب.

وقولُ الزَّيلعيِّ: "لأنَّه يَعُولُها"[1] أي: يُدخِلُها في عياله بالفعل وتكون تحت تصرُّفه هو معنى ما يُفهمُ من قول الشَّارح هنا: (لعدم الولاية)، أي: قبل الزِّفاف، فأفهمَ أنَّ له الولايةَ بعده.

قال في «الهنديَّة»: ولو كانت الصَّغيرةُ في عيالِ الجدِّ أو الأخ أو الأمِّ أو العمِّ، فوهبَ لها هبةٌ، فقبضَ الزَّوجُ؛ جازَ. كذا في «التَّاترخانيَّة»[2]. فإن أدركتْ لم يَجُزْ قبضُ الأب ولا الزَّوج عليها إلا بإذنها. كذا في «الجوهرة»[3]. صغيرةٌ في عيال أجنبيٍّ عالها برضى أبيها والأبُ غائبٌ، فقبضُ الأجنبيِّ لها صحيحٌ دون قبض الأخ. كذا في «السِّراجيَّة»[4].

ولو كان الصَّغيرُ في عيال الجدِّ أو الأخ أو الأمِّ أو العمِّ، فوهبَ له هبةٌ، فقبضَ الهبةَ من كان الصَّغيرُ في عياله والأبُ حاضرٌ؛ اختلفَ المشايخُ فيه، والصَّحيحُ الجوازُ. هكذا في «فتاوى قاضيخان»[5]. وبه يُفتى. هكذا في «الفتاوى الصُّغرى». اهـ[6].

---

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٦.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٦٨.

(٣) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٢٧.

(٤) «الفتاوى السراجية»: ص٤٠٤ عن «الملتقط».

(٥) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٩١.

(٦) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٣.

(وَهَبَ اثْنَانِ دَاراً لِوَاحِدٍ؛ صَحَّ) لعدم الشُّيوع، (وَبِقَلْبِهِ) لكبيرين؛ (لَا) عنده؛ للشُّيوع فيما يَحتملُ القسمةَ، أمَّا ما لا يحتمِلُه كالبيتِ؛ فيَصحُّ اتِّفاقاً. قيَّدْنا بـ"كبيرين"؛ ....

(قوله: وَهَبَ اثْنَانِ دَاراً) المرادُ بها: ما يُقسمُ.

(قوله: لِعَدَمِ الشُّيُوعِ) لأنَّهما سلَّماهُ جملةً، وهو قد قبضَها جملةً، فلا شيوعَ. «بحر»[1]. وفيه إشعارٌ بأنَّ هبةَ الاثنين للاثنين لا تجوزُ كما يأتي.

(قوله: وَبِقَلْبِهِ) وهو هبةُ واحدٍ من اثنين.

(قوله: لِكَبِيرَيْنِ) أي: غيرِ فقيرين، وإلا كانت صدقةً، فتصحُّ كما يأتي.

(قوله: لَا عِنْدَهُ لِلشُّيُوعِ) هذا إذا لم يُبيِّنْ نصيبَ كلِّ واحدٍ منهما، أمَّا إذا بيَّنَ بأن قال: لهذا ثُلُثها ولهذا ثُلُثاها، أو لهذا نِصفُها ولهذا نِصفُها؛ لا يجوزُ عندهما وإن قبضه. وقال محمدٌ: يجوزُ إن قبضَه. «بحر»[2]. نظراً إلى أنَّه عقدٌ واحدٌ، فلا شيوعَ، كما إذا رهنَ من رجلَيْن. اهـ داماد[3]. وقولُه: (للشُّيوع) أي: لأنَّه هبةُ النِّصف من كلِّ واحدٍ منهما، بدليل أنَّه لو قَبِلَ أحدُهما فيما يُقسمُ صحَّتْ في حصَّته دون الآخر، فعُلم أنَّهما عقدانِ.

(قوله: كَالبَيْتِ) أي: الصَّغير الذي لا يمكن أن يَصيرَ بيتَيْن.

(قوله: قَيَّدْنَا بِـ"كَبِيرَيْنِ") الأَوْلى عدمُ ذكر هذا القيد؛ لأنَّه لا فرقَ بين الكبيرين والصَّغيرَيْن والكبيرِ والصَّغير عند أبي حنيفةَ، وقد تبع الشَّارحُ والمصنِّفُ «البحرَ»[4] في

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٨٩.
(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٠.
(٣) «مجمع الأنهر»: ٢/ ٣٥٨.
(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٠.

....

عبارته، وظاهرُها: أنَّهما لو كانا صغيرَيْن في عياله جازَ عندهما. وفي «البزَّازيَّة» ما يدلُّ عليه[1]، ولكن هذا كلُّه على قولهما، لا على قوله كما صرَّح به في «الخانيَّة». فراجعه إن شئتَ. وأصلُ الوهم: أنَّ صاحبَ «المنتقى» ذكرَ الحكمَ في مسألة الاثنين الصَّغير والكبير غيرَ مضافٍ إلى أحدٍ، فتوهَّمَ أنَّه قولُ الكلِّ، ولو كان كذلك لبطلَ إطلاقُ المتون في قوله: لا عكسه. تأمَّل. اهـ.

أقول: نصُّ عبارة «الخانيَّة» هكذا: ولو وهبَ داراً لابنين له أحدُهما صغيرٌ في عياله؛ كانت الهبةُ فاسدةً عند الكلِّ، بخلاف ما لو وهبَ من كبيرَيْن وسلَّمَ إليهما جملةً، فإنَّ الهبةَ جائزةٌ عند أبي يوسفَ ومحمدٍ؛ لأنَّ في الكبيرين لم يُوجدِ الشُّيوعُ لا وقتَ العقد ولا وقتَ القبض، وأمَّا إذا كان أحدُهما صغيراً؛ فكما وهبَ يصيرُ الأبُ قابضاً حصَّةَ الصَّغير، فيتمكَّنُ الشُّيوعُ وقتَ القبض. اهـ[2]. وأنت خبيرٌ بأنَّ إظهارَ الفرق بين المسألتين مبنيٌّ على قول الصَّاحبين القائلين بجوازها للكبيرَيْن مع موافقتهما الإمام بعدم جوازها لكبيرٍ وصغيرٍ، بدليل قوله: كانت الهبةُ فاسدةً عند الكلِّ، فليست مسألةُ الكبير والصَّغير مبنيَّةً على قولهما فقط، فما فَهِمَه صاحبُ «البحر» من عبارة صاحب «المنتقى»: أنَّها قولُ الكلِّ صحيحٌ لا وَهمَ فيه، وعبارةُ المتون لا تُنافيه كما لا يخفى على نبيهٍ. نعم، إذا قلنا: إذا كان الولدانِ صغيرَيْن تجوزُ الهبةُ يكون مخالفاً لإطلاق المتون عدمَ جوازِ هبةِ واحدٍ من اثنين، ولكن إذا تأمَّلَ الفقيهُ في علَّةِ عدم الجواز على قول الإمام ـ وهي تحقُّقُ الشُّيوع ـ يَجزمُ بتقييدِ كلام المتون بغير ما إذا كانا صغيرَيْن؛ لأنَّ الأبَ إذا وهبَ منهما تحقَّقَ القبضُ منه لهما بمجرَّد العقد، بخلافِ ما إذا كان أحدُهما كبيراً، فإنَّ قبضَ الكبير يتأخَّرُ

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٨.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٧٧.

لأنَّه لو وهبَ لكبيرٍ وصغيرٍ في عيالِ الكبير، أو لابنيهِ صغيرٍ وكبيرٍ؛ لم يجزِ اتِّفاقاً.

عن العقد، فيتحقَّقُ الشُّيوعُ عند قبضه كما مرَّ عن «الخانيَّة». وعبارةُ «البزَّازيَّة» أوضحُ في إفادة المراد حيث قال: لأنَّ هبةَ الصَّغير منعقدةٌ حالَ مباشرة الهبة؛ لقيام قبضِ الأب مقامَ قبضه، وهبةُ الكبير محتاجةٌ إلى قبولٍ، فسَبقتْ هبةَ الصَّغير، فتمكَّنَ الشُّيوعُ، والحيلةُ: أن يُسلِّمَ الدَّارَ إلى الكبير ويَهبَها منهما. اهـ[1]. أي: فإذا سلَّمَها إلى الكبير أوَّلاً ثم وَهبَها منهما؛ تحقَّقَ القبضان معاً وقت العقد، فلم يتمكَّنِ الشُّيوعُ، ومقتضاهُ: أنَّه لو سلَّمَها للكبيرَيْن ثمَّ وهبَها منهما تصحُّ. فليراجعْ. فظهرَ أنَّ الأَوْلى عدمُ هذا القيد؛ لأنَّه لا يُفيدُ إلا الإشارةَ إلى خلافهما، فكان الأَوْلى أن لا يذكُرَه؛ لأنَّه لا فرقَ بين الكبيرين والصَّغيرين والكبير والصَّغير، ويقول: أطلقَ الاثنينَ فأفادَ أنَّه لا فرقَ بين أن يكونا كبيرَيْن أو صغيرين أو أحدُهما كبيراً والآخرُ صغيراً، وفي الأوَّلين خلافُهما. تأمَّلْ. قال في «الهنديَّة»: وكلُّ ما يتخلَّصُ به من الحرام أو يتَّصلُ به إلى الحلال من الحِيَل؛ فهو حَسَنٌ. اهـ[2].

(قوله: وَصَغِيرٍ فِي عِيَالِ الكَبِيرِ) صوابُه: في عيال الواهب كما يدلُّ عليه كلامُ «البحر» وغيره، والذي في «البحر» و«المنح»: والصَّغير في عياله، وعلَّلاها ـ تبعاً «للمحيط» ـ: بأنَّه حين وهبَ صارَ قابضاً حصَّةَ الصَّغير، فبقيَ النِّصفُ الآخرُ شائعاً. اهـ[3]. وهذا يدلُّ على أنَّ الضَّميرَ في (عياله) يرجعُ إلى الواهب، خلافاً لِمَا تُفيدُه عبارةُ المؤلِّف، وهذه العلَّةُ تُقال في المسألة المذكورة بعدُ.

(قوله: لَمْ يَجُزِ اتِّفَاقًا) لتفرُّقِ القبض؛ لأنَّ الصَّغيرَ تتمُّ هبتُه بقول أبيه وهبته، وينوبُ

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٨.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٣.

(٣) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٥١٠، «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٠، «منح الغفار»: ق٥٢٨/ آ فيض الله.

قبضُه عن قبض الصَّغير، فبقيَ نصيبُ الكبير شائعاً، فلا يصحُّ، وإذا لم تصحَّ الهبةُ للكبير؛ لم تصحَّ للصَّغير أيضاً؛ لأنَّها لو صحَّتْ؛ لكانت هِبةَ مشاعٍ.

وبهذا تبيَّنَ أنَّ هبةَ الأب لابنه يُشترطُ فيها الإفرازُ، وإلا لصحَّت الهبةُ للصَّغير، وأفادَ أنَّها للصَّغيرَيْن تصحُّ لعدم المرجِّحِ؛ لسبق قبض أحدِهما، وحيث اتَّحدَ وليُّهما؛ فلا شُيوعَ في قبضه، ويؤيِّدُه قولُ «الخانيَّة»: "داري هذه لولدي الأصاغر"؛ يكون باطلاً؛ لأنَّها هبةٌ، فإذا لم يُبيِّن الأولادَ كان باطلاً. اهـ[1]. فأفادَ أنَّه لو بيَّنَ صحَّ.

ولا يردُ على ما مرَّ قولُه عن «الخزانة»: ولو تصدَّقَ بداره على ولدَيْن له صغيرينِ لم يجزْ[2]؛ لأنَّه مخالفٌ لِمَا في المتون والشُّروح من قولهم: إنَّ الهبةَ لمن له عليه ولايةٌ تتمُّ بالعقد. سائحاني بزيادةٍ. وفي «التَّاترخانيَّة» عن «التَّتمَّة»: سُئلَ عمر النَّسفيُّ عمَّن أمرَ أولادَه أن يَقتسموا أرضَه التي في ناحيةِ كذا بينهم، وأرادَ به التَّمليكَ، فاقتسموها وتراضَوْا على ذلك: هل يَثبتُ لهم الملكُ، أم يحتاجُ إلى أن يقول لهم الأبُ: "ملَّكتُكم هذه الأراضي"، أو يقول لكلِّ واحدٍ منهم: "ملَّكْتُك هذا النَّصيبَ المفرزَ"؟ فقال: لا. وسُئلَ عنها الحسنُ فقال: لا يَثبتُ لهم الملكُ إلا بالقسمة. وفي «تجنيس النَّاصريِّ»: ولو وهبَ داراً لابنه الصَّغير، ثمَّ اشترى بها أخرى؛ فالثَّانيةُ لابنه الصَّغير، خلافاً لزُفَر. ولو دفعَ إلى ابنه مالاً، فتصرَّفَ فيه الابنُ؛ يكون للابن إذا دلَّتْ دلالةٌ على التَّمليك. اهـ[3]. وفيها: وسُئلَ الفقيهُ عن امرأةٍ وهبتْ مهرَها الذي لها على الزَّوج لابنٍ صغيرٍ له وقَبلَ الأبُ، قال: أنا في هذه

(١) «الفتاوى الخانية»: كتاب الإقرار: ٣/ ٥٤٢.

(٢) «خزانة الأكمل»: ٣/ ٢٤.

(٣) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٦٥ - ٤٦٦، وفيه: (اليتيمة) بدل (التتمة).

وقيَّدْنا بالهبةِ؛ لجواز الرَّهن والإجارةِ من اثنين اتِّفاقـاً. (وَإِذَا تَصَدَّقَ بِعَشَرَةٍ) دراهمَ (أَوْ وَهَبَهَا لِفَقِيرَيْنِ صَحَّ) لأنَّ الهبةَ للفقير صدقةٌ، والصَّدقةُ ....

المسألة واقفٌ، فيَحتملُ الجوازَ كمن كان له عبدٌ عند رجلٍ وديعةً، فأبقَ العبدُ ووَهبَه مولاهُ من المودَع، فإنَّه يجوزُ. وسُئلَ مرَّةً أخرى عن هذه المسألة، فقال: لا يجوزُ، وقال الفقيهُ أبو اللَّيث: وبه نأخذُ، وفي «العتَّابيَّة»: وهو المختارُ. اهـ(١).

(قوله: لِجَوَازِ الرَّهْنِ) إنَّما جازَ الرَّهنُ منهما؛ لأنَّ حكمَه الحبسُ الدَّائمُ، وقد ثبتَ لكلِّ واحدٍ منهما كَملاً، فلا شُيوعَ فيه، ألا ترى أنَّه لو قضى دَيْنَ أحدهما بقيَ كلُّه في يد الآخر؟! اهـ زيلعي(٢).

(قوله: وَالإِجَارَةِ مِنِ اثْنَيْنِ اتِّفَاقًا) بأن قال: أجرتُ الدَّارَ منكما جازَ بالاتِّفاق، ولو فصَّلَ بقوله: نصفٌ منك أو نحوه كثُلُثٍ أو رُبُعٍ؛ يجب أن يكون عند أبي حنيفةَ على اختلافٍ مرَّ فيما إذا كان كلُّه بينهما وأجرَ أحدُهما النِّصفَ من أجنبيٍّ أنَّه يجوزُ في روايةٍ، لا في روايةٍ. إلى أن قال: وأنت على علمٍ من إطلاق المتون قاطبةً فساد إجارة المشاع إلا من الشَّريك، وإطلاقُ بعضهم صحَّتَها من اثنين محمولٌ على حالة الإجمال. «حامديَّة» ملخَّصاً(٣). ومثلُه في «الخيريَّة». ويأتي في الإجارة.

(قوله: وَإِذَا تَصَدَّقَ... إلخ) هذه عبارةُ «الجامع الصَّغير»(٤).

---

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٩٣ عن «الغياثية».

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٧.

(٣) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ١٠٤.

(٤) «الجامع الصغير»: ص٢٣٨.

يُرادُ بها وجهُ الله تعالى، وهو واحدٌ، فلا شُيوعَ ....

(قوله: يُرَادُ بِهَا وَجْهُ اللهِ تَعَالَى) والفقيرُ نائبُه. زيلعي[1].

(قوله: وَهُوَ) أي: اللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى جلَّتْ عظمتُه.

(قوله: وَاحِدٌ) أي: لا ثانيَ له في ذاته، ولا في صفاته، ولا في أفعاله، بل هو أَحدٌ فردٌ صمدٌ.

(قوله: فَلَا شُيُوعَ) أشارَ بنفي الشُّيوع في هذه الصُّورة إلى أنَّ الشُّيوعَ إذا تحقَّقَ في الصَّدقة يُفسدُها؛ لأنَّها كالهبة في ذلك كما سيأتي أواخرَ الباب الآتي، فإذا تصدَّقَ ببعض ما يَحتملُ القسمةَ على فقيرٍ واحدٍ؛ لم يصحَّ؛ لتحقُّق الشُّيوع، بخلاف التَّصدُّق بكلِّه على فقيرين لِمَا علمتَه من عدم الشُّيوع. قال في «المضمرات»: ولو قال: وهبتُ منكما هذه الدَّارَ والموهوبُ لهما فقيرانِ؛ صحَّت الهبةُ بالإجماع. «تاترخانيَّة»[2]. لكن قال بعده: وفي «الأصل»: هبةُ الدَّار من رجلينِ لا تجوزُ، وكذا في الصَّدقة على غنيَّيْن، والأظهرُ أنَّ في المسألة روايتينِ. اهـ[3]. قال في «البحر»: وصحَّح في «الهداية» ما ذكره المصنِّفُ في الفرق، وهو روايةُ «الجامع الصَّغير»[4]. وقد عُلمَ بما قدَّمْناهُ: أنَّ المرادَ من نفي الصحَّة هنا: نفيُ الملك، فلو قَسمَها وسلَّمَها؛ صحَّتْ ومَلكَاها كما لا يخفى. واللهُ تعالى أعلمُ. اهـ[5]. وفي «الجوهرة»: هذا هو الصَّحيحُ[6]، يعني: خلافاً لهما في تجويزهما الهبةَ والصَّدقةَ للغنيَّيْن أيضاً.

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٧.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٢٦.

(٣) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٢٦.

(٤) «الجامع الصغير»: ص٢٣٨.

(٥) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٠.

(٦) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٢٨.

(لَا لِغَنِيَّيْنِ) لأنَّ الصَّدقةَ على الغنيِّ هبةٌ، فلا تصحُّ للشُّيوع، أي: لا تُملكُ، حتَّى لو قَسمَها وسلَّمها؛ صحَّ.

(قوله: لَا لِغَنِيَّيْنِ) أي: لا تجوز الصَّدقةُ بعشرةِ دراهمَ أو هبتُها لغنيَّيْن، وهذا قولُه، وقالا: تجوزُ. وفي «الأصل»: إنَّ الهبةَ لا تجوزُ، وكذا الصَّدقةُ عنده، ففي الصَّدقة عنه روايتانِ. «خانيَّة»[1].

(قوله: هِبَةٌ) قال في «البحر»: والصَّدقةُ على الغنيِّ مجازٌ عن الهبة، كالهبة من الفقير مجازٌ عن الصَّدقة؛ لأنَّ بينهما اتِّصالاً معنويّاً، وهو أنَّ كلَّ واحدٍ منهما تمليكٌ بغير بدلٍ، فيجوزُ استعارةُ أحدهما للآخر، فالهبةُ للفقير لا تجوِّزُ الرُّجوعَ، والصَّدقةُ على الغنيِّ تجوِّزُ الرُّجوعَ[2].

(قوله: لِلشُّيُوعِ) لأنَّ الهبةَ لهما يُرادانِ بها، وهما اثنانِ، فحصلَ الشُّيوعُ.

(قوله: أَيْ: لَا تُمْلَكُ) فالمرادُ من نفي الصحَّة: نفيُ الملك على هذا الوجه. أفاده في «البحر»[3]. وقد علمتَ أنَّهما قولانِ: الأوَّلُ: أنَّها صحيحةٌ ولا تفيدُ الملكَ قبل القسمة. والثَّاني: أنَّها فاسدةٌ، وهي المفتى به. وقدَّمَ أنَّ المفتى به: أنَّ الفاسدةَ تُملكُ بالقبض، فهو مبنيٌّ على ما قدَّمْنا ترجيحَه، فكيف يُفسِّرُ أحدَ القولين بالآخر؟! فتأمَّل. قال في «البحر» عند قوله: والصَّدقةُ كالهبة لا تصحُّ غيرَ مقبوضةٍ ولا في مشاعٍ يُقسمُ[4]: فإن قلتَ: قدَّمَ أنَّ الصَّدقةَ لفقيرين جائزةٌ فيما يَحتملُ القسمةَ بقوله: وصحَّ تصدُّقُ عشرةٍ لفقيرين. قلتُ:

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٧٤.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٠.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٠.

(٤) «كنز الدقائق»: ص٥٤٢ بتصرف.

فروعٌ: وهبَ لرجلين درهماً: إنْ صحيحاً صحَّ، وإنْ مغشوشاً لا؛ لأنَّه مما يُقسمُ؛ لكونه في حُكْم العُرُوض.

معه درهمانِ، فقال لرجلٍ: "وهبتُ لك أحدَهما أو نِصفَهما": إنِ استَوَيا لم يجزْ، وإن اختَلَفا جازَ؛ لأنَّه مشاعٌ لا يُقسمُ، ....

المرادُ هنا من المشاع: أن يَهبَ بعضَه لواحدٍ فقط، فحينئذٍ هو مشاعٌ يحتملُ القسمةَ، بخلاف الفقيرين، فإنَّه لا شُيوعَ كما تقدَّم. اهـ(١).

(قوله: دِرْهَماً) قال في «الهنديَّة»: ولو وهبَ درهماً صحيحاً من رجلينِ؛ اختلفوا فيه، والصَّحيحُ: أنَّه يجوزُ. والدِّينارُ الصَّحيحُ قالوا: ينبغي أن يكون بمنزلة الدِّرهم الصَّحيح. كذا في قاضيخان(٢).

(قوله: إنْ صَحِيحاً صَحَّ) لأنَّه هبةُ مشاعٍ لا يقسمُ.

(قوله: لِكَوْنِهِ فِي حُكْمِ العُرُوضِ) هذا إذا لم تكن أثماناً رائجةً، أمَّا إذا كانت كذلكَ؛ فليستْ في حكم العُروض. تأمَّلْ.

(قوله: إِنِ اسْتَوَيَا) أي: وزناً وجودةً. «خانيَّة»(٣).

(قوله: لَمْ يَجُزْ) لأنَّهما إذا استَوَيا وزناً وجودةً؛ تكون هبةَ المشاعِ فيما يَحتملُ القسمةَ؛ لأنَّه لا يُجبرُ على القسمة. «منح».

(قوله: وَإِنِ اخْتَلَفَا) بأنَّ كان أحدُهما أثقلَ أو أجودَ. «هنديَّة»(٤). وظاهرُه: أنَّ هذا التَّفصيلَ يجري فيما لو قال له: "وهبتُ لك أحدَهما"، وجعله في «الهنديَّة» - وعزاهُ إلى

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٧.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٧٣، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٩.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٧٣.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٩.

ولذا لو وهبَ ثُلُثَهما جازَ مطلقاً.

تجوزُ هبةُ حائطٍ بين دارِه ودارِ جاره لجاره، وهبةُ البيت في الدَّار، فهذا يدلُّ على

«الخانيَّة» ـ قاصراً على ما إذا قال: "نِصفُهما لك"، أمَّا إذا قال: "أحدُهما لك هبةً"؛ لم يَجُزْ، سواءٌ كانا سواءً أو مختلفَيْن. اهـ[1]. ولعلَّه لأنَّهما إذا كانا سواءً كانا مما يَحتملُ القسمةَ، وإن كانا مختلفَيْن فللجهالة.

والحاصلُ: أنَّ الهبةَ في الأوَّلين تناولتْ أحدَهما، أمَّا في قوله: أحدُهما؛ فظاهرٌ، وأمَّا في قوله: نصفُهما؛ لأنَّه تَجري فيه القسمةُ جبراً باتِّحاد الجنس، فكان له أحدُهما وهو مجهولٌ، فلا يجوزُ، وفي الثَّاني تناوَلتْ قَدْرَ درهمٍ منهما، وهو مشاعٌ لا يَحتملُ القسمةَ، فيجوزُ. وإنَّ كلامَ الشَّارح بقوله: (وإن اختلفا جازَ) مخالفٌ لِمَا في «الخانيَّة» كما علمتَ، فإنَّه ذكرَ هذا التَّفصيلَ فيما إذا قال: "نصفُهما"، ثمَّ قال: وإن قال: "أحدُهما لك هبةً" لم يجزْ، سواءٌ كانا سواءً أو مختلفَيْن. قال في «منية المفتي»: دفعَ ثوبينِ إلى رجلين فقال: "أيُّهما شئتَ فهو لك والآخرُ لفلانٍ"، فإن بيَّنَ الذي له قبل أن يفترقا جازَ، وإلا فلا.

(قوله: وَلِذَا) أي: لكونه مشاعاً لا يُقسمُ.

(قوله: جَازَ) هذا يُفيدُ أنَّ المرادَ بقوله سابقاً: (أو نصفهما) واحدٌ منهما، لا نصفُ كلٍّ، وإلا فلا فرقَ بينه وبين الثُّلُث في الشُّيوع، بخلاف حملِه على أنَّ المرادَ أحدُهما، فإنَّه مجهولٌ، فلا يصحُّ.

(قوله: مُطْلَقاً) أي: مستويَيْن أو مختلفَيْن. «منح».

(قوله: يَدُلُّ... إلخ) هذه الدِّلالةُ غيرُ ظاهرةٍ؛ إذ لا يلزمُ من كون الحائط بين الدَّارين

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٧٣، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٩.

كون سقف الواهبِ على الحائط واختلاطِ البيت بحيطان الدَّار لا يمنعُ صحَّةَ الهبة. «مجتبى»[(١)].

كونُ سقف الواهب عليه، ولا كونُ البيت من الدَّار اختلاطُه بحيطان الدَّار. تأمَّل. قال ط: فهذا يدلُّ أي: من حيث الإطلاق، وإلا فلا صراحةَ في كلامه بذلك. وفي «الهنديَّة» عن «جواهر الأخلاطيِّ»: إذا وهبَ نصيباً له في حائطٍ أو طريقٍ أو حمَّامٍ، وسمَّى وسلَّطَه على القبض؛ فهي جائزةٌ، كما لو وهبَ بيتاً له لآخرَ مع جميع حدوده وحقوقه مقسوماً مفروغاً، فقبضَه الموهوبُ له بإذن الواهب، لكنَّ ممرَّ البيت مُشتركٌ بينه وبين آخرَ؛ جازَ[(٢)]. اهـ[(٣)]. وفي «الذَّخيرة»: هبةُ البناء دون الأرض جائزةٌ[(٤)]، وفي «الفتاوى» عن محمدٍ فيمن وهبَ لرجلٍ نخلةً وهي قائمةٌ؛ لا يكون قابضاً لها حتَّى يقطَعَها ويُسلِّمَها إليه، وفي الشِّراء إذا خلَّى بينه وبينها صار قابضاً لها كما في متفرقات «التَّاترخانيَّة»[(٥)]. وقدَّمْنا نحوَه عن «حاشية الفصولين» للرَّمليِّ. وسيأتي تمامُه قريباً.

(قوله: لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الهِبَةِ) المرادُ: لا يمنعُ تملُّكَها إذا قَبضَها كذلك. ط[(٦)]. قال سيدي الوالدُ في «تنقيحه» في جواب سؤالٍ حاصلُه: إذا وهبتِ امرأةٌ من أولادها حصَّةً من بناءِ طاحونةٍ: هل تصحُّ أم لا؟ فأجابَ: أمَّا هبةُ المشاع فيما لا يَحتملُ القسمةَ؛ فهي صحيحةٌ كما صرَّحَ به في المعتبرات، لكن في هذه المسألة، وهبةُ البناء دون الأرض لا تصحُّ إلا إذا سلَّطَه الواهبُ على نقضه. قال في «الدُّرر»: وكذا تجوزُ هبةُ البناء دون العَرصة إذا

(١) «المجتبى»: ٣/ ٤١٩ عن القدوري.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٩.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠١.

(٤) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١٧٧.

(٥) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٩٧.

(٦) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠١.

أَذنَ الواهبُ في نقضه، وهبةُ أرضٍ فيها زرعٌ دونه أي: دون الزَّرع، أو نخلٍ فيها تمرٌ دونَه أي: دون التَّمَر إذا أَمرَه ـ أي: الموهوبَ له ـ بالحصاد في الزَّرْع والجذاذِ في التَّمَر؛ لأنَّ المانعَ للجواز الاشتغالُ بملك المولى، فإذا أَذِنَ المولى في النَّقض والحصاد والجذاذِ وفعلَ الموهوبُ له؛ زالَ المانعُ، فجازت الهبةُ. اهـ[١]. ونقله في «المنح» عنها وأقرَّه[٢].

وأفتى المرحوم عمادُ الدِّين عن سؤالٍ رُفعَ إليه، وصورتُه فيما إذا كان لزيدٍ عِمارةٌ قائمةٌ في أرض الغير، فملَّكَ زيدٌ العمارةَ المزبورةَ لزوجته ولم يأذنْ لها بنقض العمارة، فهل يكون التَّمليكُ غيرَ صحيحٍ أم لا؟ الجوابُ: نعم يكون التَّمليكُ غيرَ صحيحٍ، فليُنظرْ في مسألتنا هل سلَّطتْه على نقضه أم لا؟ فعند ذلك يظهرُ الجوابُ. واللهُ أعلم بالصَّواب.

قال في «الفتاوى الهنديَّة» من الهبة: ومنها: أن يكون الموهوبُ مقبوضاً، حتَّى لا يثبتُ الملكُ للموهوب له قبل القبض، وأن يكون مقسوماً إذا كان مما يَحتملُ القسمةَ، وأن يكون متميِّزاً عن غير الموهوب، ولا يكون متَّصلاً ولا مشغولاً بغير الموهوب، حتَّى لو وهبَ أرضاً فيها زرعٌ للواهب دون الزَّرْع أو عكسه، أو نخلاً فيها ثمرةٌ للواهب معلَّقةٌ به دونَ الثَّمرة أو عكسه؛ لا يجوزُ، وكذا لو وهبَ داراً أو ظرفاً فيها متاعٌ للواهب. كذا في «النهاية»[٣]. اهـ[٤]. وعلى هذا فقولُ «البزَّازيَّة»: وهبَ البناءَ لا الأرض يجوزُ[٥]؛ يُحملُ إطلاقُه على ما إذا أَذِنَ له الواهبُ في نقضه كما هو صريحُ «الدُّرر» و«جامع الفتاوى» كما

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢١.

(٢) «منح الغفار»: ق٥٢٩/ آ فيض الله.

(٣) «النهاية»: ٩/ ٨٨ ط العلمية.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٧٤.

(٥) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٩.

تقدَّم. لكن أفتى مفتي الرُّوم علي أفندي بمقتضى إطلاق «البزَّازيَّة» بالجواز من غير قيدٍ كما في «فتاواه التركية الشَّهيرة». واللهُ أعلمُ.

أقول: وما في «البزَّازيَّة» نقلَ مثلَه في «نور العين» عن «المنية»[1]، ومثلُه في «التَّاترخانيَّة» عن «الذَّخيرة» حيث قال: هبةُ البناء دون الأرض جائزةٌ[2]، ولو وهبَ لرجلٍ نخلةً وهي قائمةٌ؛ لا يكون قابضاً لها حتَّى يقطَعَها ويسلِّمَها إليه. اهـ. هذا، والموافقُ للمتون ما مرَّ عن «الدُّرر»؛ لقول «الكنز» وغيره: تصحُّ في مَحوزٍ مقسومٍ ومشاعٍ لا يُقسمُ[3]. ويظهرُ لي التَّوفيقُ بين كلامهم: بأنَّ مَن قال ـ كـ«الدُّرر» ـ: لا تصحُّ إلا إذا سلَّطَه الواهبُ على نقضه معناهُ: لا تتمُّ ولا تُملكُ إلا إذا أذنَ له الواهبُ بالنَّقض ونَقَضَه؛ لأنَّه بعد النَّقض صار محوزاً مسلَّماً، ومن قال: تصحُّ ولم يُقيِّدْ بذلك أرادَ: أنَّه يصحُّ العقدُ وإن لم يُفِدِ الملكَ، وحينئذٍ فلا تنافي بين الكلامين. اهـ مختصراً[4].

وتمامُ تحقيقه ثمَّةَ، فراجعْه. واللهُ تعالى أعلمُ، وأستغفرُ الله العظيمَ.

(١) «نور العين»: الفصل التاسع والعشرون: ٢/ ٣٤٣.

(٢) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١٧٧، «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٩٦.

(٣) «كنز الدقائق»: ص٥٣٦.

(٤) «العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية»: ٢/ ٨٦- ٨٧.

(بَابُ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ)

(صَحَّ الرُّجُوعُ فِيهَا بَعْدَ القَبْضِ) أَمَّا قبلَه؛ ....

(بَابُ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ)

بمعنى الموهوب؛ لأنَّ الرُّجوعَ إنَّما يكون في حقِّ الأعيان، لا في حقِّ الأقوال، ولو وهبَ الدَّينَ من غير مَنْ عليه الدَّينُ وسلَّطَه على قبضه وقَبِلَ وقبضَ؛ له الرُّجوعُ؛ لأنَّ الهبةَ هنا تمليكٌ لا إسقاطٌ. حموي[1]. بخلاف هبتِه ممن هو عليه، فلا رُجوعَ فيها؛ لأنَّها إسقاطٌ، والسَّاقطُ لا يعودُ. «در منتقى». ويصحُّ الرُّجوعُ فيها كلّاً أو بعضاً. «ملتقى»[2]. فلا يمنعُ الشُّيوعَ، كما لو وَهَبا عبداً لأحدهما الرُّجوعُ. وأطلقَ في الرُّجوع في الهبة، فانصرفَ إلى الأعيان، فلا رجوعَ في هبةِ الدَّين للمديون بعد القبول، بخلافه قبله؛ لكونه إسقاطاً. «بحر»[3]. وسيأتي آخرَ الفصل عند الكلام على النَّظم عبارةُ «البحر»، وأنَّه اشتبهَ عليه الردُّ بالرُّجوع. فتأمَّلْ. وفي «البحر»: لا يخفى حُسنُ تأخيرِ هذا الباب[4]. ودخلَ في الهبة الهديَّةُ، فإنَّ للمُهدي الرُّجوعُ كما في «المنية» وغيرها. «در منتقى»[5]. وأخرجَ بالهبة الصَّدقةَ، أي: للفقير، فإنَّه لا يصحُّ الرُّجوعُ فيها؛ لأنَّ القصدَ فيها الثَّوابُ، وقد حَصَلَ. حموي[6]. والمرادُ بالهبة: ما كان هبةً لغنيٍّ، فلو كانت لفقيرٍ فلا رجوعَ؛ لأنَّها صدقةٌ. «شرنبلاليَّة»[7].

(قوله: صَحَّ الرُّجُوعُ فِيهَا) أي: في الهبة الصَّحيحة (بَعْدَ القَبْضِ) وأشارَ بذكر الصحَّة

(١) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٩٢/ ب شهيد علي باشا.

(٢) «ملتقى الأبحر»: ص١٤٣.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩١.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٠.

(٥) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٥٩ (بهامش مجمع الأنهر).

(٦) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٩٣/ آ شهيد علي باشا.

(٧) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٢٢ (بهامش درر الحكام).

دون الجواز إلى أنَّه يكرهُ الرُّجوعُ فيها كما يأتي، وإنَّما صحَّ؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الوَاهِبُ أَحَقُّ بِهِبَتِهِ مَا لَمْ يُثَبْ»[1]، أي: يُعوَّض. وقال الشَّافعيُّ: لا يصحُّ إلا في هبة الوالد لولده؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «لَا يَرْجِعُ الوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ إِلَّا الوَالِدُ فِيمَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ»[2]. ونحن نقول: المرادُ: نفيُ الاستبداد في الرُّجوع والتَّملُّك للحاجة. وفي المقدسيِّ: لا ينبغي أن يَشتريَ الواهبُ الموهوبَ من الموهوب له؛ لأنَّه يَستحي، فيأخذُه بأقلَّ من قيمته. اهـ. وقد سمعْنا أنَّ بعضَ قضاة الزَّمن السَّابق كان لا يَشتري من بعض أهل محلَّته خوفَ المراعاة، بخلاف بعض قضاة زماننا، فإنَّهم متى أمكنَهم الشِّراءُ بأنفسهم لا يَعدِلون عنه؛ ليأخُذُوا الكثيرَ بالقليل للمراعاة والخوف، بل بعضُهم له مكسٌ على البيَّاعين. قال في «الهنديَّة»: وألفاظُ الرُّجوع: "رجعتُ في هبتي"، أو "ارتجَعْتُها"، أو "ردَدْتُها إلى ملكي"، أو "أبطَلْتُها"، أو "نقَضْتُها"، فإن لم يتلفَّظْ بذلك ولكنَّه باعَها أو رهنَها أو أعتق العبدَ الموهوبَ أو دبَّرَه؛ لم يكن ذلك رجوعـًا، وكذا لو صبغَ[3] الثَّوبَ أو خلطَ الطَّعامَ بطعام نفسه لم يكن رجوعـًا. ولو قال: "إذا جاء رأسُ الشَّهْر فقد ارتجَعْتُها"؛ لم يصحَّ. كذا في «الجوهرة النيرة»[4]. اهـ[5]. وفيها: يجبُ أن يُعلمَ بأنَّ الهبةَ أنواعٌ: هبةٌ لذي رَحِمٍ مَحرَمٍ، وهبةٌ لأجنبيٍّ، أو لذي رَحِمٍ ليس بمَحرمٍ، أو لمَحرمٍ ليس بذي رَحِمٍ، وفي جميع ذلك للواهب حقُّ الرُّجوع قبل

(١) رواه ابن ماجه: ٢٣٨٧ من حديث أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ. وفيه إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع، وهو ضعيف. انظر: «مصباح الزجاجة»: ٣/ ٥٨.

(٢) رواه أبو داود: ٣٥٣٩، والترمذي: ١٢٩٨ وصححه، والنسائي: ٣٦٩٣، وابن ماجه: ٢٣٨٥، ٢٣٨٦ من حديث ابن عباس وابن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ بنحوه.

(٣) في بولاق: (صنع)، والتصويب من «الهندية».

(٤) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٣١.

(٥) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٦.

فلم تتمَّ الهبةُ (مَعَ انْتِفَاءِ مَانِعِهِ) الآتي (وَإِنْ كُرِهَ) الرُّجوعُ (تَحْرِيمًا)......................

التَّسليم. كذا في «الذَّخيرة»[1]. سواءٌ كان حاضراً أو غائبـاً، أذنَ له في قبضه أو لم يأذنْ له. كذا في «المبسوط»[2]. وبعد التَّسليم ليس له حقُّ الرُّجوع في ذي الرَّحِم المحرمِ، وفيما سوى ذلك له حقُّ الرُّجوع، إلا أنَّ بعد التَّسليم لا ينفردُ الواهبُ بالرُّجوع، بل يحتاجُ فيه إلى القضاء أو الرِّضى، وقبل التَّسليم ينفردُ الواهبُ بذلك. كذا في «الذَّخيرة»[3].

(قوله: فَلَمْ تَتِمَّ الهِبَةُ) يعني: لو وَجدُ الإيجابُ والقبولُ، ثمَّ امتنعَ عن التَّسليم؛ فإنَّه لا يُسمَّى رجوعـاً؛ لأنَّ الهبةَ لم تتمَّ، فلم يَخرجِ الموهوبُ عن ملك واهبه، فلا يقال: إنَّ له رجوعـاً فيه. ولا فرقَ بين ذي الرَّحم والزَّوجين وغير ذلك، والظَّاهرُ: أنَّها لا تخلو عن الكراهـة؛ لأنَّها لا تنزلُ عن الوعد، بل هي فوقه.

(قوله: مَعَ انْتِفَاءِ مَانِعِهِ الآتِي) المشار إليه بـ(دمع خزقه).

(قوله: وَإِنْ كُرِهَ تَحْرِيمـًا) بهذا حصلَ الجمعُ بين قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الوَالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ، وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطِي العَطِيَّةَ ثُمَّ يَرْجِعُ كَمَثَلِ الكَلْبِ يَأْكُلُ، فَإِذَا شَبِعَ قَاءَ، ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ»[4]، وبين قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ وَهَبَ هِبَةً فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يُثَبْ مِنْهَا». اهـ. فبالثَّاني ثبتَ الرُّجوعُ، وبالأوَّل ثبتتْ كراهـةُ التَّحريم. ويُثَب بضمِّ الياء التحتية وفتح المثلَّثة: مضارعٌ مجهولٌ مجزومٌ من: أثابَ يُثِيبُ، أي: عوَّضَ. كذا ضبطه عزمي زاده. قال في «الدُّرر»: المرادُ بالحديث الأوَّل: أنَّ الواهبَ لا يَنفردُ بالرُّجوع بلا قضاءٍ ولا رضىً، إلا الوالدُ إذا احتاجَ إلى ذلك، فإنَّه ينفردُ

(١) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١٤٤.

(٢) «المبسوط» للسرخسي: ١٢/ ٥٧.

(٣) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١٤٤، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٥- ٣٨٦.

(٤) رواه أبو داود: ٣٥٣٩، والترمذي: ٢١٣٢ وصححه من حديث ابن عمر وابن عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُم.

بالأخذ لحاجته، أي: للإنفاق، وسُمِّي ذلك رجوعاً نظراً إلى الظَّاهر وإن لم يكن رجوعاً حقيقةً. على أنَّ هذا الحكمَ غيرُ مختصٍّ بالهبة، بل الأبُ إذا احتاجَ له الأخذُ من مال ابنه ولو غائباً، ولو لم يحتجْ لا يجوز له الأخذُ. اهـ ملخَّصاً[1]. ط[2]. أو المرادُ: أنَّه لا يحلُّ الرُّجوعُ بطريق الدِّيانة والمروءة، وهو كقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَبِيتَ شَبْعَانَ وَجَارُهُ إِلَى جَنْبِهِ طَاوٍ»[3]، أي: لا يَليقُ ذلك بالدِّيانة والمروءة، وإن كان جائزاً في الحكم. «نهاية»[4]. وقال الزَّيلعيُّ بعدما أجابَ بما أجابَ به صاحبُ «الدرر»: على أنا لا نُسلِّمُ أنَّ الحديثَ الذي رواهُ ينافي الرُّجوعَ؛ لأنَّه خبرٌ عن قُبحه، فمعناهُ: أنَّه لا يليقُ به أن يَرجعَ فيه إلا الواهبُ فيما يهبُه لولده، ونظيرُه قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْمُؤْمِنُ لَا يَكْذِبُ»[5]، وقولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الزَّانِي لَا يَزْنِي وَهُوَ مُؤْمِنٌ»[6]، أي: لا يَليقُ به أن يَكذبَ أو يزني وهو مؤمنٌ، لا أنَّه ينافي صفةَ الإيمان، بل هو قبيحٌ، ومع الإيمان أقبحُ، فكذا هذا... إلخ[7]، أي: قبيحٌ من حيث العادة لا الشَّرْع؛ لأنَّ الشَّرعَ مكَّنَه من الرُّجوع. وبمذهب الإمام الشَّافعيِّ قال الإمامُ مالكٌ وأحمدُ في ظاهر مذهبه. عزمي زاده.

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢١- ٢٢٢.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠١.

(٣) رواه البخاري في «الأدب المفرد»: ١١٢ من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، ورواه الطبراني في «الكبير»: ٧٥١ من حديث أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بنحوه.

(٤) «النهاية»: ٩/ ١١٩ ط العلمية.

(٥) رواه ابن أبي الدنيا في «الصمت»: ٤٧٤، والخطيب البغدادي في «المتفق والمفترق»: ص٣٥٢ من حديث أبي الدرداء رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بنحوه.

(٦) رواه البخاري: ٢٤٧٥، ومسلم: ١٠٠ من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٧) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٨.

وقيل: تنزيهـًا. «نهاية»[1]. (وَلَوْ مَعَ إِسْقَاطِ حَقِّهِ مِنَ الرُّجُوعِ) فلا يَسقطُ بإسقاطه. «خانيَّة»[2]. وفي «الجواهر»: لا يصحُّ الإبراءُ عن الرُّجوع، ولو صالَحه من حقِّ الرُّجوع على شيءٍ؛ صحَّ ....

(قوله: وَقِيلَ: تَنْزِيهـًا) أخذاً من قول «المبسوط»: إنَّه غيرُ مستحبٍّ[3]، ولا دلالةَ فيه على أنَّ الكراهـةَ للتَّنزيه، فإنَّ المكروهَ تحريمـاً والحرامَ غيرُ مستحبٍّ. وقولُ الزيلعيِّ: الرُّجوعُ قبيحٌ[4] صريحٌ في أنَّ الكراهـةَ للتَّحريم؛ إذ لا يقال للمكروه تنزيهـًا: قبيحٌ؛ لأنَّه من قبيل المباح أو قريبٌ منه. قال في «المنح»: وقد وصفَ الرُّجوعَ بالقبح الزَّاهـديُّ والحدَّاديُّ وكثيرٌ من الشَّارحين[5]، ومن ثَمَّ اختَرْنا كراهـةَ التَّحريم[6]. قال في «الفتاوى الغياثيَّة»: الرُّجوعُ في الهبة مكروهٌ في الأحوال كلِّها ويصحُّ. وكذا في «التَّاترخانيَّة»[7]. انتهى. ودليلُ الكراهـة التَّحريميَّة خاصٌّ من السُّنَّة، وهو الحديثُ المتقدِّمُ. وروى الكرخيُّ عن أصحابنا: أنَّه حرامٌ.

(قوله: فَلَا يَسْقُطُ... إلخ) عُلمَ من هذا أنَّ الإسقاطَ لا يكون في كلِّ حقٍّ، فإنَّ بعضَ الحقوق لا تسقطُ وإن أسقطَها صاحبُها كهذا الحقِّ كما في «البزَّازيَّة»[8]، فهو نظيرُ الميراث والاستحقاق في الوقف يثبتُ جبراً، فلا يَسقطُ بالإسقاط.

---

(١) «النهاية»: ٩/ ١١٨ ط العلمية.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٧.

(٣) «المبسوط» للسرخسي: ١٢/ ٥٣.

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٨.

(٥) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٢٨.

(٦) «منح الغفار»: ق٥٢٩/ آفيض الله.

(٧) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٤٨ عن «العتابية».

(٨) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٦٥.

وكان عِوَضًا عن الهبة. لكن سيجيءُ ....

(قوله: وَكَانَ عِوَضاً... إلخ) أي: إنَّ حقَّ الرُّجوع لا يَسقطُ بالإسقاط لا مجَّاناً ولا بعِوَضٍ، وإنَّما يسقطُ الرُّجوعُ بجعل العِوَض عوضاً عن الهبة، والتَّعويضُ عن الهبة يمنعُ من الرُّجوع كما يأتي في الموانع.

(قوله: لَكِنْ سَيَجِيءُ) أي: نقلاً عن «المجتبى»، وسيقول الشَّارحُ: إنَّه لم يرَ من صرَّحَ به غيرُه، وإنَّ فروعَ المذهب مُطلقةٌ. ولا يخفى ما قاله ابنُ وهبان: إنَّ ما تفرَّدَ به الزَّاهديُّ لا يُعوَّلُ عليه، مع أنَّ كلّاً مؤوَّلٌ: بأنَّ العِوَضَ إذا لم ينصَّ عليه أنَّه عِوَضٌ عنها لا يكون مانعاً من الرُّجوع، ويكون لكلٍّ من الواهبين أن يرجعَ في هبته، ويكون معنى قوله: إذا كان مشروطاً في العقد أي: عقد التَّعويض، ولذا قال بعده: فأمَّا إذا عوَّضَه بعده فلا، وهي هبةٌ مبتدأةٌ، وهذا قد صرَّحوا به أنَّه عند عدم التَّصريح بالتَّعويض لكلٍّ منهما أن يَرجعَ، فتوافقُ عبارةُ «المجتبى» بقيَّةَ نصوص الفقهاء. وظاهرُ كلام الخير الرَّمليِّ والخير بن إلياس في كتابتهما على «منح الغفار» تسليمُ ما في «المجتبى» من هذا الشَّرط[1]. وقد علمتَ أنَّه بهذا المعنى غيرُ مُسلَّمٍ له؛ لإطلاق المتون والشُّروح والفتاوى صحَّةَ التعويض من غير اشتراطه في عقد الهبة، فيتعيَّنُ تخطئتُه لو لم يُحملُ العقدُ على عقد العِوَض كما سمعتَ، وهذا لا يمنع منه ظاهرُ عبارة «المجتبى». قال في «المنح» بعد نقل عبارة «الجوهرة»: وهو مخالفٌ لِمَا وقعَ في «المجتبى» معزيّاً إلى «شرح القدوريِّ» من قوله: إنَّما يسقطُ الرُّجوعُ إذا كان مشروطاً في العقد، فأمَّا إذا عوَّضَه بعده فلا، وهي هبةٌ مبتدأةٌ[2]. قال

(١) «لوائح الأنوار»: ق٧٤/ب ولي الدين.

(٢) «منح الغفار»: ق٥٢٩/ب فيض الله.

اشتراطُه في العقد. (وَيَمْنَعُ الرُّجُوعَ فِيهَا) حروفُ (دَمْع خَزِقَه) ....

الرَّمليُّ: وقد يقال: ما في «الجواهر» لم يدخلْ في كلام «المجتبى»؛ إذ ما في «الجواهر» صلحٌ عن حقِّ الرُّجوع نصّاً، وقد صحَّ الصُّلحُ، فلزمَ سقوطُه ضمناً، بخلافِ ما لو أسقَطَه قصداً، فكم من شيءٍ يثبتُ ضمناً ولا يثبتُ قصداً، وليس بحقٍّ مجرَّدٍ حتَّى يقال: يمنعُ الاعتياضُ عنه كما هو ظاهرٌ، وما في «المجتبى» مسألةٌ أخرى. فتأمَّلْه[1].

(قوله: اشْتِرَاطُهُ) أي: العِوَض، لكن سيجيءُ البحثُ في هذا الاشتراط.

(قوله: وَيَمْنَعُ الرُّجُوعَ) أي: ومنعَ الرُّجوعَ في الهبة الموانعُ الآتي تفصيلُها.

(قوله: حُرُوفُ: دَمْع خَزِقَه) أي: منحوتُها، أي: مرموزُها، قيل: هو من نظم الإمام النَّسفيِّ، وقيل: لغيره. «در منتقى»[2]. قال البرجنديُّ: هذا التَّركيبُ لمجرَّد الضَّبط، وليس معه معنىً يُعتدُّ به. اهـ. وغايةُ ما يُتكلَّفُ له: أن يكون دمع خزقه فاعلَ (يمنع)، وفي «الصِّحاح»: خَزَقْتُهم بالنَّبل: أصبتُهم بها. اهـ[3]. فالمعنى: أصابَه دمعٌ، وفي «الدرر»: الخزقُ: الطَّعنُ، والخازقُ: السِّنانُ، فكأنَّه شبَّه الدَّمعَ بالسنان. اهـ[4]. وهذا وما قبله يفيدُ تنوينَ (دمع)، وأنَّ (خزق) فعلٌ ماضٍ، والهاءُ ضميرٌ يرجعُ إلى الشَّخص. قال القهستانيُّ: والمعنى التَّركيبيُّ: أنَّ دمعَه لكثرته كأنَّ أطرافَه نُصولٌ تجرحُ وجهَه[5]. وله ضوابطُ أخرُ كـ"خزع قدمه" أي: تخلف، ودنى عِزُّ خدمه، وزعق خدمُه أي: صاحَ. وفي القهستانيِّ

(١) «لوائح الأنوار»: ق٧٤/ب ولي الدين.

(٢) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٦٠ (بهامش مجمع الأنهر).

(٣) «الصحاح»: ص١٤٦٩.

(٤) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢٣.

(٥) «جامع الرموز»: ص٤٣٢.

يعني: الموانعَ السَّبعةَ الآتيةَ. (فَالدَّالُ: الزِّيَادَةُ) في نفس العين ....

عن العماديِّ: إنَّه يصحُّ الرُّجوعُ في الفاسدة وإن وُجدَ أحدُ الموانع؛ لأنَّ المقبوضَ منها مضمونٌ بعد الهلاك، فله الرُّجوعُ قبله. اهـ[1]. فالمانعُ إنَّما هو في الصَّحيحة. ط. والنَّظمُ المنسوبُ للنَّسفيِّ هو بيتٌ مفردٌ، وهو:

وَيَمْنَعُ الرُّجُوعَ فِي فَصْلِ الهِبَهْ ... يَا صَاحِبِي حُرُوفُ دَمْعٍ خَزَقَهْ

قال الرَّمليُّ: قد نظمَ ذلك ولدي العلَّامةُ شيخُ الإسلام محيي الدِّين، فقال[2]:

مَنَعَ الرُّجُوعَ مِنَ المَوَاهِبَ سَبْعَةٌ ... فَزِيَادَةٌ مَوْصُولَةٌ، مَوْتٌ، عِوَضْ

وَخُرُوجُهَا عَنْ مِلْكِ مَوْهُوبٍ لَهُ ... زَوْجِيَّةٌ، قُرْبُ هَلَاكٍ قَدْ عَرَضْ

(قوله: يَعْنِي: المَوَانِعَ السَّبْعَةَ الآتِيَةَ) بقي ثامنٌ، وهو ما ذكره في «المبسوط» و«منية المفتي» من أنَّه إذا وهبَ للصَّغير شيئاً لا يرجعُ به. اهـ. لكن قدَّمْنا عن «البزَّازيَّة» عند قول الشَّارح: (ويبيعُ القاضي... إلخ): أنَّه لو وهبَ للصَّغير فعوَّضه أبوهُ من ماله لا يجوزُ، وإن عوَّضَ فللواهب الرُّجوعُ لبطلان التَّعويض، وأنَّ عدمَ الرُّجوع فيما إذا عوَّضَ الأبُ أو الأجنبيُّ من مالهما، أو كان نوى الواهبُ الصَّدقةَ عند الإعطاء، فلا تنسَه.

(قوله: الزِّيَادَةُ فِي نَفْسِ العَيْنِ) قيَّد به؛ لأنَّها لو كانتْ في قيمتها لا يمنعُ؛ لأنَّها حينئذٍ لرغبة النَّاس؛ إذ العينُ بحالها. ذكره الشمنيُّ. ومثلُه في «الهنديَّة»[3]. وفيها: وكذا إذا زادَ في نفسه من غير أن يزيدَ في القيمة، أي: فله الرُّجوعُ. ولو نقلَه من مكانٍ إلى مكانٍ حتَّى

(١) «فصول الأحكام»: الفصل التاسع والعشرون: ص٢٤٨ (ت: العمري)، «جامع الرموز»: ص٤٣١.

(٢) «لوائح الأنوار»: ق٧٤/ ب ولي الدين.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٦.

ازدادتْ قيمتُه واحتاجَ إلى مؤنة النَّقْل؛ ذكرَ في «المنتقى»: أنَّه عند أبي حنيفةَ ومحمدٍ رحمهما الله تعالى ينقطعُ الرُّجوعُ، ولو وهبَ عبداً كافراً، فأسلمَ في يد الموهوب له، أو وهبَ عبداً حلالَ الدَّم، فعفا وليُّ الجناية في يد الموهوب له؛ لا يَرجعُ، ولو كانت الجنايةُ خطأً ففداهُ الموهوبُ له؛ لا يمنعُ الرُّجوعَ، ولا يَستردُّ الفداءَ. كذا في «التَّبيين»[1]. وإن رجعَ قبل أن يَفديَه؛ فالجنايةُ على العبد يدفعُه الواهبُ بها أو يَفديه. كذا في «المبسوط»[2]. ولو قُطعتْ يدُه وأخذَ الموهوبُ له أرشَه؛ كان للواهب أن يَرجعَ، ولا يأخذُ الأرشَ. كذا في «البحر»[3]. اهـ[4].

وقيَّدَ بالزِّيادة؛ لأنَّ النُّقصانَ كالحَبَل وقطعِ الثَّوب سواءٌ كان بفعلِ الموهوب له أو لا غيرُ مانعٍ، وفي «الهنديَّة» عن «المبسوط»: وإذا أرادَ الواهبُ الرُّجوعَ وهي حُبْلى، فإن كانت قد ازدادتْ خيراً؛ فليس له أن يَرجعَ فيها، وإن كانتْ قد ازدادتْ شرّاً؛ فله أن يَرجعَ فيها، والجواري في هذا تَختلفُ، منهنَّ إذا حَبلتْ سَمِنَتْ وحَسُنَ لونُها، فكان ذلك زيادةً في عينها، فيَمتنعُ الرُّجوعُ، ومنهنَّ إذا حَبلت اصفرَّ لونُها ودَقَّ ساقُها، فيكون ذلك نقصاً فيها لا يمنعُ الواهبَ من الرُّجوع. اهـ[5]. وينبغي حملُ هذا على ما إذا كان الحبلُ من غير السَّيِّد أي: الموهوب له، أمَّا إذا كان منه؛ فلا رُجوعَ؛ لأنَّها ثبتَ لها منه بالحمل وصفٌ

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٩.

(٢) «المبسوط» للسرخسي: ١٢/ ٩٩.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٢.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٦.

(٥) «المبسوط» للسرخسي: ١٢/ ٨٨، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٨.

الموجِبةُ لزيادة القيمة ....

لا يمكن زوالُه، وهو أنَّها تأهَّلتْ لكونها أمَّ ولده، كما إذا ولدتْ منه بالفعل كما ذكره أبو السعود عن شيخه[١]، وأقرَّه الحمويُّ، وذكرَه بعضُ المتأخِّرين تفقُّهاً.

وقد ذكروا أنَّ الموهوبَ له إذا دبَّر العبدَ الموهوبَ؛ انقطعَ الرُّجوعُ، لكن قال في «السِّراج الوهَّاج»: ولو وهبَ له جاريةً، فحَبلتْ في يد الموهوب له، فأراد الرُّجوعَ فيها قبل انفصال الولد؛ لم يكن له ذلكَ؛ لأنَّها متَّصلةٌ بزيادةٍ لم تكن موهوبةً؛ لأنَّ الولدَ يحدثُ جزءاً فجزءاً، فلا يصلُ إلى الرُّجوع فيما وهبَ إلا بالرُّجوع فيما لم يَهَبْ كالزِّيادة المتَّصلة. اهـ. وقد ذكرَ الزيلعيُّ: أنَّ الحبلَ لو لم تَزِدْ به؛ فللواهب الرُّجوعُ فيها؛ لأنَّه نُقصانٌ. اهـ[٢]. فتأمَّلْ ما بينهما. قلتُ: وذكرَ في «النَّهر» في باب خيار العيب: أنَّ الحبلَ عيبٌ في بنات آدم، لا في البهائم. اهـ[٣]. فتأمَّلْ.

(قوله: المُوجِبَةُ لِزِيَادَةِ القِيمَةِ) بالرَّفع صفةٌ لـ(زيادة)، أمَّا إذا كانت الزِّيادةُ في العين لا توجبُ الزِّيادةَ في القيمة، أمَّا المنقِّصةُ التي توجبُ نَقْصاً في السِّعْر كطُولٍ فاحشٍ تنقصُ به القيمةُ وكِبَرِ طحالٍ؛ فإنَّه لا ينقطعُ به حقُّ الرُّجوع كما في «محيط السَّرخسيِّ».

أقول: وينبغي أن يكون السِّمَنُ المفرطُ كالطُّول الفاحش، فإنَّه ينقصُ القيمةَ أيضاً، فلا ينقطعُ به حقُّ الرُّجوع. فتأمَّل. قال في «البحر»: وخرجَ الزِّيادةُ في العين فقط، كطُول الغلام وفِداءِ الموهوب له لو كان الموهوبُ جنى خطأً. اهـ[٤]. وتمامُه فيه. لكن سيأتي قريباً عن قاضيخان ما يُنافيه.

---

(١) «فتح المعين»: ٣/ ٢٢٣.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٨.

(٣) «النهر الفائق»: ٣/ ٣٩٦.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩١.

(المُتَّصِلَةُ) وإن زالتْ قبل الرُّجوع، كأن شَبَّ ثمَّ شاخَ ....

(قوله: المُتَّصِلَةُ) قيَّدَ بها؛ لأنَّ المنفصلةَ غيرُ مانعةٍ من الرُّجوع في الأصل، والزِّيادةُ للموهوب له، بخلاف الردِّ بالعيب حيث يَمتنعُ بزيادة الولد كما يأتي.

(قوله: وَإِنْ زَالَتْ قَبْلَ الرُّجُوعِ كَأَنْ شَبَّ ثُمَّ شَاخَ) فيه: أنَّه من قَبِيل زوال المانع كما قاله الإسبيجابيُّ، ولهذا سمَّوها موانعَ. وعبارةُ القهستانيِّ: مانعُ الزِّيادة إذا ارتفعَ، كما إذا بَنى ثم هدمَ؛ عادَ حقُّ الرُّجوع كما في «المحيط» وغيره[1]، ومن الظنِّ أنَّه يُنافيه ما في «النِّهاية»: أنَّه حين زادَ لا يعودُ حقُّ الرُّجوع بعده؛ لأنَّه قال ذلك فيما إذا زادَ وانتقصَ جميعاً كما صرَّحَ به نفسُه. اهـ[2].

قلتُ: في «التَّاترخانيَّة»: ولو كانت الزِّيادةُ بناءً فانهدمَ؛ يعودُ حقُّ الرُّجوع، والمانعُ من الرُّجوع الزِّيادةُ الباقيةُ في العين كما ذكر شمسُ الأئمَّة السَّرخسيُّ. اهـ[3]. وعبارةُ الشَّارح جملةٌ شرطيَّةٌ سقطَ جوابُها من قلمه سهواً، والمسألةُ في «شرح المجمع» لابن ملكٍ: ولو منعَ القاضي الرُّجوعَ لثبوت الزِّيادة، ثم زالتْ؛ عادَ للواهب حقُّ الرُّجوع كما في «المحيط»[4]، ونقلَه في «الـدُّرر»[5]. قال في «غاية البيان»: وقال في «الكافي»: رجلٌ وهبَ لرجلٍ أرضاً، فبنى فيها الموهوبُ له بناءً، ثمَّ أرادَ الواهبُ الرُّجوعَ، فخاصَمَه إلى القاضي، فقال له القاضي: "ليس لك أن تَرجعَ فيها"، ثم هَدمَها الموهوبُ له؛ كان للواهب

(١) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٤٩.

(٢) «جامع الرموز»: ص٤٣١.

(٣) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٥١.

(٤) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٤٩.

(٥) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢٤.

لكن في «الخانية» ما يُخالفُه، ....

أن يَرجعَ فيها، قال شيخُ الإسلام علاءُ الدِّينِ الإسبيجابيُّ: يريدُ به: أنَّ قولَ القاضي لم يقعْ قضاءً حتَّى لا ينقضُ، وإنَّما وقعَ فتوى بناءً على مانعٍ، فإذا زالَ المانعُ تغيَّرَ الحكمُ. اهـ. ومثلُه في «التاترخانية» عن «المحيط»[1].

(قوله: لَكِنْ فِي «الخَانِيَّةِ» مَا يُخَالِفُهُ[2]) وكذا في «الظَّهيريَّة». قال سريُّ الدِّين في «حاشية الزَّيلعيِّ»: وفي «الظَّهيريَّة» وقاضيخان: وإذا قضى القاضي بإبطالِ الرُّجوع لمانعٍ ثمَّ زال المانعُ؛ عادَ حقُّ الرُّجوع، بيانُه: إذا بنى في الدَّار الموهوبةِ بناءً أبطلَ القاضي رجوعَ الواهب بسبب البناء، ثمَّ هدمَ الموهوبُ له البناءَ وصارتْ كما كانتْ؛ فله الرُّجوعُ فيها. اهـ. وقد علمتَ أنَّه لزوال المانع، لا نقضُ قضاءٍ. والمسألةُ المذكورةُ في المؤلِّف ذاتُ خلافٍ أيضاً، فقد قال في «المحيط» و«الذَّخيرة»: رجلٌ وهبَ لرجلٍ وَصِيفاً، فشبَّ عند الموهوب وكَبِرَ وطالَ وشاخَ وانتقصتْ قيمتُه؛ ليس للواهب الرُّجوعُ؛ لأنَّه زادَ في بدنه وطالَ في جُثَّتِه ثمَّ انتقصَ من وجهٍ آخرَ بشيخوخته، وحين زادَ سقطَ حقُّ الرُّجوع، فلا يعودُ بعد ذلك. ولو كان طويلاً يومَ وَهَبَه وطالَ عند الموهوب له، وكان الطُّولُ نقصاناً، وكان يَنتقصُ به؛ فهذه ليستْ بزيادةٍ حقيقةً، فلا يمنع الرُّجوعَ، ويكون الشَّيءُ زيادةً صورةً نقصاناً معنىً كالأصبع الزَّائدة وما أشبه ذلك[3] كما في «الذَّخيرة»[4]. وذكرَ النَّاطفيُّ في «أجناسه»: ولو وهبَ أمةً، فسَمِنتْ وكَبرتْ؛ له أن يَرجعَ، وكذا جميعُ الحيوانات. اهـ.

---

(١) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٤٩، «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٥٨.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٢ - ١٨٤.

(٣) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٤٨ بتصرف.

(٤) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١٤٩ عن «المنتقى».

واعتمدَه القُهُستانيُّ. فليُتنبَّهْ له؛ لأنَّ السَّاقطَ لا يَعودُ.

وفي «الهنديَّة» عن «المحيط»: ولو وهبَ أمةً، فشبَّتْ وكَبرتْ؛ لا يرجعُ، وكذلك جميعُ الحيوانات. اهـ[1]. فهما قولانِ للمشايخ. ط[2]. لكنَّ الموافقَ لِمَا في قاضيخان أوفقُ، حيث ذكر عدمَ الرُّجوع ولم يتعرَّض لخلافه كما يأتي قريباً. فتأمَّلْ.

(قوله: **وَاعْتَمَدَهُ القُهُسْتَانِيُّ**) حيث قال: وفيه إشعارٌ بأنَّ مانعَ الزِّيادة إذا ارتفعَ، كما إذا بنى ثمَّ هدمَ؛ عادَ حقُّ الرُّجوع كما في «المحيط»[3]. اهـ[4].

(قوله: **فَلْيُتَنَبَّهْ لَهُ**) بمنزلة قوله: وفيه نظرٌ، وعلَّله بقوله: (لأنَّ السَّاقطَ... إلخ).

(قوله: **لِأَنَّ السَّاقِطَ لا يَعُودُ**) وفيه: أنَّ هذا من باب زوال المانع، كما إذ تزوَّجت المرأةُ وسقطَ حقُّها في الحضانة، فإنَّها إذا بانتْ عادَ حقُّها فيها لزوال المانع، ولذا اعتمدَ في «شرح الملتقى» العودَ[5]. هكذا وُجدَ في بعض النُّسَخ، وهي التي كتبَ عليها الحلبيُّ، وفي بعض النُّسخ تقديمُ العلَّة على قوله: (فليتنبَّه)، وعليها فهو تعليلٌ لقوله: (وإن زالت... إلخ)، وهو الصَّوابُ وغيرها خطأٌ من النَّاسخ. والحاصلُ: أنَّ هذا من باب زوال المانع لا عودِ السَّاقط؛ لِمَا علمتَ من أنَّ الزِّيادةَ المتَّصلةَ من موانع الرُّجوع، فكان الوجهُ ما في «الخانيَّة»، وسيصرِّحُ به نقلاً عن «الدُّرر» حيث قال: (قُضي ببطلان الرُّجوع لمانعٍ ثم زالَ المانعُ عادَ الرُّجوعُ)، فأفادَ صحَّةَ الرُّجوع ولو بعد القضاء بعدمه عند وجود المانع إذا زالَ

(١) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٥٢٥، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٨.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٢.

(٣) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٤٩.

(٤) «جامع الرموز»: ص٤٣١.

(٥) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٦١ (بهامش مجمع الأنهر).

(كَبِنَاءٍ وَغَرْسٍ) إن عُدًّا زيادةً في كلِّ الأرض، وإلا رَجَعَ، ....

ذلك المانعُ، لا من باب السَّاقط حتَّى لا يرجعَ، حتَّى لو قُضيَ ببطلان الرُّجوع لمانعٍ ثم زالَ؛ يعودُ الرُّجوعُ كما يأتي. ويؤيِّدُه ما يأتي في المانع الرَّابع: خروج الموهوب إلا إذا رجعَ الثَّاني، فله الرُّجوعُ، فكذلك هنا.

(قوله: إِنْ عُدَّا زِيَادَةً) قال في «المنح»: إذا كان يوجبُ الزِّيادةَ في الأرض، وإن كان لا يوجبُ؛ لا يمنعُ الرُّجوعَ، وإن كان يُوجبُ في قطعةٍ منها بأن كانت الأرضُ كبيرةً بحيث لا يُعدُّ مثلُها زيادةً فيها كلِّها؛ امتنعَ في تلك القطعة دون غيرها. كذا في «الرمز». وفي «السِّراجيَّة»: إذا وهبَ أرضاً، فبنى الموهوبُ له فيها بناءً؛ بطلَ الرُّجوعُ، ولو زالَ البناءَ عادَ حقُّ الرُّجوع. انتهى[1].

وفي «المنهاج»: رجلٌ وهبَ لرجلٍ أرضاً بيضاءَ، أنبتَ في ناحيةٍ منها نخلاً أو بنى بيتاً أو دكَّاناً أو دارباً يعني: مَعلفاً للدَّوابِّ؛ كان ذلك زيادةً فيها، وليس له أن يَرجعَ في شيءٍ منها. اهـ[2]. وفيها: أمَّا إذا لم يُعَدَّ زيادةً أصلاً كبناءِ تنوُّرِ الخبز في غير محلِّه، فإنَّه لا يمنعُ الرُّجوعَ. اهـ معزيّاً للزَّيلعيِّ[3].

(قوله: وَإِلَّا) راجعٌ لقوله: (إن عدَّا زيادةً)، فهو مفهومُه. وقولُه: (ولو عدَّا في قطعةٍ) مفهومُ قوله: (في كلِّ الأرض). وفي «الهندية» عن «الكافي»: إن وهبَ لآخرَ أرضاً بيضاءَ، فأنبتَ الموهوبُ له في ناحيةٍ منها نخلاً، أو بنى بناءً أو دكَّاناً، وكان ذلك زيادةً فيها؛ فليس له أن يَرجعَ في شيءٍ منها، فإن كان لا يُعدُّ زيادةً أو يعدُّ نقصاناً؛ فإنَّه لا يمنعُ الرُّجوعَ، حتَّى

(١) «الفتاوى السراجية»: ص٤٠٧.

(٢) «منح الغفار»: ق٥٢٩/ب فيض الله.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٨٩.

ولو عُدًّا في قطعةٍ منها؛ امتنعَ فيها فقط. زيلعي. (وَسِمَنٍ) وجمالٍ، وخياطةٍ، وصَبغٍ،

لو بنى دكَّاناً صغيراً بحيث لا يُعدُّ زيادةً أصلاً فلا عِبرةَ به، وإن كان الأرضُ عظيمةً لا يُعدُّ ذلك زيادةً في الكلِّ إنَّما يُعدُّ زيادةً في تلك القطعة، فله أن يَرجعَ في غيرها. اهـ[1].

(قوله: وَسِمَنٍ) قيَّدَه في «الحواشي اليعقوبيَّة» بالمعتدل، وهو حَسَنٌ. قال المصنِّفُ في «منحه»: وكذا إذا غيَّره عن حاله، بأن كان حِنطةً فطحنَها، أو دقيقاً فخَبزَه، أو سَويقاً فلتَّه بسَمنٍ، أو كان لبناً فاتَّخذه جُبناً أو سمناً. اهـ[2].

قال محشِّيه الخيرُ الرَّمليُّ: وفي «الولوالجيَّة»: رجلٌ وهبَ سَويقاً، فلَتَّه بالماء؛ يرجعُ الواهبُ؛ لأنَّه بقيَ الاسمُ، وهذا نقصانٌ، كمن وهبَ لرجلٍ حنطةً فلَتَّها بالماء. فرَّقَ بين هذا وبين ما إذا وهبَ تراباً فلتَّه بالماء، حيث لا يرجعُ، والفرقُ: أنَّ ههنا اسمُ التُّراب لم يبقَ، فلم يبقَ الموهوبُ. اهـ[3]. أقول: وكذا لو وهبَ عِنَباً فصيَّره زبيباً؛ لعدم بقاء الاسم. تأمَّلْ. اهـ[4].

(قوله: وَخِيَاطَةٍ) أمَّا إذا قَطعَه؛ فلا يمتنعُ الرُّجوعُ، ولو قَطعَه نصفينِ فخاطَ نِصفَه وبقيَ النِّصفُ الآخرُ؛ له الرُّجوعُ في الآخر.

(قوله: وَصَبْغٍ) ولو بأسودَ؛ لأنَّه ربَّما يُنفقُ على السَّواد أكثرَ مما يُنفقُ على صبغٍ آخرَ. قاضيخان[5].

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٧.

(٢) «منح الغفار»: ق٥٣٠/ آ فيض الله.

(٣) «الفتاوى الولوالجية»: ٣/ ١٢٩.

(٤) «لوائح الأنوار»: ق٧٤/ ب- ٧٥/ آ ولي الدين.

(٥) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٦.

وقَصرِ ثوبٍ، وكِبَرِ صغيرٍ، وسماعِ أصمَّ، وإبصارِ أعمى، وإسلامِ عبدٍ، ومداواتِه، ....

أقول: ولونُ الأسود في زماننا من أحسن الألوان، ويزدادُ به قيمةً عن غيره من الألوان، وما نُقل عن الإمام: أنَّه مما يُنقصُ الثَّمنَ؛ فهو اختلافُ زمانٍ.

(قوله: وَقَصْرِ ثَوْبٍ) لزيادة قيمة الموهوب بها، قال في «الهنديَّة»: ولو وهبَ كِرْباساً، فقصرَه الموهوبُ له؛ لا يَرجعُ؛ لأنَّه زيادةٌ متَّصلةٌ وصفةٌ متقوِّمةٌ، ولو غسلَه يَرجعُ. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»[1]. وإن فَتلَه لا يَرجعُ إذا كان يزيدُ بذلك في الثَّمَن. كذا في «الوجيز» للكردريِّ[2].

(قوله: وَكِبَرِ صَغِيرٍ) قد علمتَ أنَّ فيه خلافاً، لكن مشى قاضيخان على عدم الرُّجوع، ولم يتعرَّضْ للقول الآخر، وعبارتُه: رجلٌ وهبَ عبداً صغيراً، فشبَّ وصارَ رجلاً طِوالاً؛ لا يرجعُ الواهبُ فيه؛ لأنَّ الزِّيادةَ في البدن تمنعُ الرُّجوعَ وإن كانت تُنقصُ القيمةَ. اهـ[3]. وعلَّلَه أيضاً في «الاختيار»: بأنَّه زادَ في بدنه ثمَّ انتقصَ بوجهٍ آخرَ، فلا يرجعُ[4].

(قوله: وَمُدَاوَاتِهِ) أي: من مرضٍ كان عند الواهب، أمَّا إذا مَرِضَ عند الموهوب له؛ فدواؤه لا يمنعُ الرُّجوعَ. «هنديَّة» عن «البحر»[5]. وكأنَّه أرادَ بالمداواة: حصولَ أثرها، وهو البرءُ، أمَّا بدونه؛ فلم تحصلِ الزِّيادةُ، والبرءُ بدون المداواة زيادةٌ. تأمَّلْ.

---

(١) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٥٢٥.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٩.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٤.

(٤) «الاختيار»: ٣/ ٥٢.

(٥) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٢، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٧، وفيهما: (فداواه لا يمتنع).

وعفوِ جنايةٍ، وتعليمِ قرآنٍ، أو كتابةٍ، أو قراءةٍ، ونَقطِ مُصحفٍ بإعرابه، ....

(قوله: وَعَفْوِ جِنَايَةٍ) أي: صدرتْ من العبد، كما إذا كان العبدُ حلالَ الدَّم، فعفا الوليُّ عنه وهو في يد الموهوب له؛ لا يَرجعُ. وإن كانت الجنايةُ خطأً، ففداهُ الموهوبُ له؛ لا يمنعُ من الرُّجوع، ولا يستردُّ منه الفداءَ كما في الزَّيلعيِّ[1]. ولو جنى العبدُ على الموهوب له؛ فللواهب الرُّجوعُ، والجنايةُ باطلةٌ. «هنديَّة» عن «محيط السَّرخسي»[2].

(قوله: وَتَعْلِيمِ قُرْآنٍ أَوْ كِتَابَةٍ... إلخ) أو كانت أعجميَّةً، فعلَّمَها الكلامَ أو شيئاً من الحروف؛ لا يرجعُ لحدوث الزِّيادة في العين كما في «البحر»[3]. ومثلُه في «الهنديَّة» عن «المضمرات» بزيادة: هو المختارُ[4]. قال في «التَّاترخانيَّة» معزيّاً لـ«واقعات النَّاطفيِّ»: رجلٌ وهبَ لرجلٍ جاريةً، فعلَّمَها القرآنَ أو الكتابةَ أو المَشطَ؛ ليس له أن يَرجعَ، هو المختارُ. اهـ[5]. أي: وإن كانت هذه الزِّيادةُ معنويَّةً، لكن في الزيلعيِّ والعينيِّ ما يخالفُه[6]. فليُراجعْ. وما ذكرَ في «منية المفتي» نقلاً عن «السِّراجيَّة»: أنَّ الإسلامَ والتَّعليمَ ليس بزيادةٍ مانعةٍ عن الرُّجوع[7]؛ فمحمولٌ على مرويٍّ عن محمدٍ، وإلا فيكون مخالفاً لِمَا في المعتبرات.

(قوله: بِإِعْرَابِهِ) أي: بيانِ إعرابه من رفعٍ ونصبٍ وخفضٍ وجزمٍ. هذا إذا كان على

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٩.

(٢) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٥٢٣، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٧.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩١.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٨.

(٥) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٥٢.

(٦) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٩، «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨٧ - ١٨٨.

(٧) «الفتاوى السراجية»: ص٤٠٦.

وحملِ تمرٍ من بغدادَ إلى بلخٍ مثلاً، ....

الصَّواب، أمَّا لو كان خطأً؛ فهو تنقيضٌ، فلا يمنعُ الرُّجوعَ. وإنَّما امتنعَ الرُّجوعُ في هذه المسائلِ؛ لحدوث الزِّيادة في العين عند أبي يوسفَ، قال الحمويُّ: وهو المختارُ. وعن محمدٍ وزُفَر: لا يمنعُ الرُّجوعَ؛ لأنَّ هذه ليستْ زيادةً في العين، فأشبهتِ الزِّيادةَ في السِّعر. وروي الخلافُ بالعكس كما في الزَّيلعيِّ[(١)]. وعن أبي حنيفةَ روايتانِ كما في «الشُّرنبلاليَّة»[(٢)].

(قوله: وَحَمْلِ تَمْرٍ مِنْ بَغْدَادَ إِلَى بَلْخٍ مَثَلًا) فإنَّ فيه زيادةَ القيمة بالنَّقْل من مكانٍ إلى مكانٍ. «بحر»[(٣)]. قال في «الهنديَّة» معزيّاً إلى «التَّبيين»: ولو نقلَه من مكانٍ إلى مكانٍ حتَّى ازدادتْ قيمتُه واحتاجَ إلى مؤنة النَّقْل؛ ذكرَ في «المنتقى»: أنَّه عند أبي حنيفةَ ومحمدٍ رحمهما الله تعالى ينقطعُ الرُّجوعُ. اهـ[(٤)]. وفي ط: وانظرْ حكمَ ما إذا لم تَزِدْ. وقد عُلِمَ أنَّ محلَّ كون زيادة السِّعر لا تمنعُ الرُّجوعَ إذا لم يَنقلِ الهبةَ[(٥)]، قال الزَّيلعيُّ: ولو نَقلَه من مكانٍ إلى مكانٍ حتَّى ازدادتْ قيمتُه واحتاجَ فيه إلى مؤنة النَّقْل؛ ذكرَ في «المنتقى»: أنَّ عندهما ينقطعُ الرُّجوعُ، وعند أبي يوسفَ: لا؛ لأنَّ الزِّيادةَ لم تحصلْ في العين، فصار كزيادة السِّعْر. ولهما: إنَّ الرُّجوعَ يتضمَّنُ إبطالَ حقِّ الموهوب له في الكِراء ومؤنةِ النَّقل، بخلاف نفقة العبد؛ لأنَّها ببدلٍ، وهو المنفعةُ، والمؤنةُ بلا بدلٍ. اهـ[(٦)]. وفي «شرح السِّير

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٩.

(٢) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٢٤ (بهامش درر الحكام).

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩١.

(٤) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٨- ٩٩، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٦.

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٢.

(٦) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٨- ٩٩.

ونحوِها. وفي «البزازيَّة»: والحَبَلُ إن زادَ خيراً منعَ الرُّجوعَ، وإن نَقَصَ لا. ولو اختَلَفا في الزِّيادة؛ ....

الكبير» للسرخسيِّ: إنَّه لو كانت الهبةُ في دار الحرب، فأخرَجَها الموهوبُ له إلى موضعٍ يَقدرُ فيه على حملها؛ لم يكن للواهب الرُّجوعُ؛ لأنَّه حدثَ فيها زيادةٌ بصُنْع الموهوب له، فإنَّها كانت مُشرفةً على الهلاك في مضيعةٍ، وقد أحياها بالإخراج من ذلك الموضع. انتهى[١].

لكنَّه ذكرَ ذلك في صورةِ ما إذا ألقى شيئاً وقال حين ألقاهُ: من أخَذَه فهو له. ذكره في التَّاسع والتسعين.

(قوله: وَنَحْوِهَا) أي: المذكورات، وذكرَ في «المنح» مسائلَ من هذا الباب، منها: ما لو وهبَ له حَلقةً، فركَّبَ فيها فصّاً: إن كان لا يمكنُ نزعُه إلا بضررٍ لا يَرجعُ، وإن أمكن نزعُه بلا ضررٍ يَرجعُ. اهـ[٢]. والتَّطيينُ والتَّجصيصُ وتحديدُ السِّكِّين ونحوُها زيادةٌ تمنعُ الرُّجوعَ كما في «الدُّر المنتقى»[٣].

(قوله: وَفِي «البَزَّازِيَّةِ»: وَالحَبَلُ إِنْ زَادَ خَيْراً مَنَعَ، وَإِنْ نَقَصَ لا[٤]) هذه الجملةُ موجودةٌ في بعض النُّسخ دون بعضٍ، وما في «البزَّازيَّة» جزمَ به في «الخلاصة»، وقدَّمْنا الكلامَ عليه عن «الهنديَّة» لمناسبة ما إذا وهبَ حاملاً، قال فيها: وإن وهبَ جاريةً حاملاً، فرجعَ قبل الوضع: إن كان رُجوعُه قبل أن تمضيَ مدَّةٌ يعلمُ فيها زيادةُ الحمل جازَ، وإلا فلا. اهـ.

(١) «شرح السير الكبير» للسرخسي:ص٧٩٨.

(٢) «منح الغفار»: ق٥٣٠/آ فيض الله.

(٣) «الدر المنتقى»: ٢/ ٣٦٠ (بهامش مجمع الأنهر).

(٤) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٦٢.

ففي المتولِّدة ككِبَرِ القولُ للواهبِ، وفي نحوِ بناءٍ وخياطةٍ وصبغٍ للموهوب له. «خانيَّة» و«حاوي»[١]. ومثلُه في «المحيط»[٢]، لكنَّه استثنى ما لو كانَ لا يُبنى في مثل تلك المدَّة ....

(قوله: فَفِي المُتَوَلِّدَةِ ككِبَرٍ) بأن قال الموهوبُ له: وهبْتَها لي وهي صغيرةٌ فكبرتْ عندي، وقال الواهبُ: وهبتُها هكذا كبيرةً.

(قوله: القَوْلُ لِلْوَاهِبِ) لأنَّه يُنكرُ لزومَ العقد.

(قوله: وَفِي نَحْوِ بِنَاءٍ وَخِيَاطَةٍ) فقال الواهبُ: "وهبتُها هكذا مبنيَّةً أو مخيطةً"، وقال الموهوبُ له: "أحدثتُه".

(قوله: لَكِنَّهُ اسْتَثْنَى... إلخ) هذا ظاهرٌ؛ لتيقُّنِ كذب الموهوب له من حيث إنَّ العادةَ تُحيلُ إحداثَ هذا البناء في مثل هذه المدَّة، والضَّميرُ في (لكنَّه) لصاحب «المحيط»، وفي «المحيط»: لو قال رجلٌ: "وهبَ لك مورِّثي هذا العبد فلم تقبِضْه في حياته بل بعد وفاته"، وقال الموهوبُ له: "قبضتُه في حياته"، والعبدُ في يد الوارث؛ فالقولُ للوارث؛ لأنَّ القبضَ قد عُلمَ السَّاعةَ، والميراثُ قد تقدَّمَ القبضَ[٣]. «بحر»[٤]. ومقتضى التَّقييد بكون العبد في يد الوارث: أنَّه لو كان في يد الموهوبِ له لا يكون القولُ للوارث، بل للموهوب له. قال في «الهنديَّة»: رجلٌ وهبَ داراً، فبنى الموهوبُ له في بيتِ الضِّيافة تنُّوراً للخبز؛ كان للواهب أن يَرجعَ في هبته. كذا في «الظَّهيريَّة». ولو وهبَ له حمَّاماً

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٤، «الحاوي القدسي»: ٢/ ١٤٦.

(٢) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٥٣٥.

(٣) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٥٣٦.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٢.

فجعلَه مَسكناً، أو وهبَ له بيتاً فجعلَه حمَّاماً، فإن كان البناءُ على حاله لم يَزِدْ فيه شيئاً؛ فله أن يَرجعَ، وإن كان زادَ فيه بناءً، أو علَّقَ عليه باباً، أو جصَّصَه وأصلحَه، أو طيَّنَه؛ فليس له أن يَرجعَ في شيءٍ فيه. كذا في «المحيط»[1]. إن هدمَ البناءَ رجعَ في الأرض، ولو استهلكَ البعضَ له أن يَرجعَ في الباقي. كذا في «الوجيز» للكردريِّ. ولو كانت الزِّيادةُ بناءً فانهدمَ؛ يعودُ حقُّ الرُّجوع. كذا في «التَّاترخانيَّة»[2]. وهبَ عبداً فكاتَبَه، فعجزَ وردَّه رقيقاً؛ فله الرُّجوعُ. ولو زالتِ الرَّقبةُ عن ملكه، ثمَّ عادَ إليه بالفسخ؛ فللواهب الرُّجوعُ. ولو جنى العبدُ على الموهوب له؛ فللواهب الرُّجوعُ، والجنايةُ باطلةٌ. هكذا في «محيط السرخسيِّ»[3]. رجلٌ وهبَ شاةً أو بُدنةً أو بقرةً، فأوجَبَها الموهوبُ له لأضحيةٍ أو هديٍ أو جزاءِ صيدٍ أو نذرٍ، أو قلَّدَ البُدنةَ أو البقرةَ، أو أوجَبَها تطوُّعاً؛ فللواهب أن يَرجعَ في الرِّوايات الظَّاهرة. وعند أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَرجعُ. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»[4]. ولو وهب له شاةً فذَبحَها؛ فله أن يرجعَ فيها، وهذا بلا خلافٍ، ولو ضحَّى بها أو ذَبحَها في هدي المُتعة؛ لم يكن له أن يرجعَ فيها في قول أبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَرجعُ فيها وتُجزئُه الأضحيةُ والمتعةُ. ولم ينصَّ على قول أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، واختلفَ المشايخُ رحمهم الله تعالى فيه، قال بعضُهم: إنَّه كقول محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو الصَّحيحُ. كذا في «المحيط»[5]. ولو وهبَ درهماً، ثم استقرضَه من الموهوب له، فأقرضَه إيَّاهُ؛ جازَ

(١) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٤٩.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٥١.

(٣) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٥٢٣، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٧.

(٤) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٥٢٦.

(٥) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٤٩.

(لَا) تَمنعُ الزِّيادةُ (المُنْفَصِلَةُ كَوَلَدٍ، وَأَرْشٍ، وَعُقْرٍ) وثمرةٍ، فيَرجعُ في الأصلِ لا الزِّيادةِ، لكن لا يَرجعُ بالأمِّ حتَّى يَستغنيَ الولدُ عنها. كذا نَقلَه القُهُستانيُّ ....

وليس للواهب أن يَرجعَ أبداً. كذا في «خزانة المفتين»(1). رجلٌ وضعَ حبلاً في المسجد، أو علَّقَ قِنديلاً؛ له الرُّجوعُ، بخلاف ما إذا علَّقَ حبلاً للقنديل. كذا في «السِّراجيَّة»(2).

(قوله: لَا يَمْنَعُ الزِّيَادَةُ المُنْفَصِلَةُ) فإن قيل: ما الفرقُ بين الردِّ بالعيب والرُّجوع بالهبة، حتَّى منعتِ الزِّيادةُ المنفصلةُ الردَّ لا الرُّجوعَ، والمتَّصلةُ بالعكس؟ قلنا: هو أنَّه لا يجوز ردُّ العين فقط؛ لسلامة الزِّيادة للمشتري مجَّاناً، وهو رباً، ولا مع الزِّيادة قصداً؛ لعدم وُرودِ العقد عليها، والفسخُ يَرِدُ على مورد العقد لا تبعاً؛ إذ الولدُ لا يتبعُ الأمَّ بعد الانفصال، بخلاف الهبة؛ لعدم الرِّبا فيها، والردُّ في المتَّصلة حصلَ ممن حصلتِ الزِّيادةُ على ملكه، فكان إسقاطُ حقِّه برضاهُ، فلا يمنعُه الزِّيادةُ، بخلاف الرُّجوع؛ لعدم حصوله برضاهُ ذلك، فمنعَه. «يعقوبيَّة».

(قوله: كَوَلَدٍ) بنكاحٍ أو سفاحٍ. «بزَّازيَّة»(3).

(قوله: وَأَرْشٍ) أي: أرشِ جنايةٍ على العبد، كما إذا قُطعتْ يدُه وأخذَ الموهوبُ له أرشَه؛ كان للواهب أن يرجعَ، ولا يأخذ الأرشَ. «هنديَّة»(4).

(قوله: حَتَّى يَسْتَغْنِيَ الوَلَدُ عَنْهَا) ولم يُعتبرْ ذلك في الثَّمرة؛ لأنَّه يجوز بيعُها بدا صلاحُها أو لا، فكذا هنا يأخُذُها الموهوبُ له. فتأمَّلْ.

---

(1) «خزانة المفتين»: ج٢/ ق٢٤٩/ ب محمد عاصم، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٠.

(2) «الفتاوى السراجية»: ص٤٠٨، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩١.

(3) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٦٢.

(4) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٦ عن «البحر الرائق».

لكنَ نقلَ البرجنديُّ وغيرُه: أنَّه قولُ أبي يوسفَ. فليُتنبَّهْ له. ولو حَبلتْ ولم تَلِدْ: هل للواهب الرُّجوعُ؟ قال في «السِّراج»: لا، وقال الزَّيلعيُّ: نعم.

(قوله: لَكِنْ نَقَلَ البُرْجُنْدِيُّ[1] ... إلخ) يعني: وعند غيره يَرجعُ بها دون الولد وإن لم يَستغنِ، وحينئذٍ ينبغي أن تُجبرَ على حضانته بأجر المثل. فليراجعْ.

(قوله: أَنَّهُ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ) قال في «الهندية»: قال بِشرٌ: قلتُ: وإن اختصموا في الرُّجوع والولدُ صغيرٌ، ثم أدركَ الصَّغيرُ وقد كان القاضي أبطلَ الرُّجوعَ في الأمِّ؟ قال: له الرُّجوعُ فيها. اهـ[2]. فأفادتْ أنَّ القاضي يبطلُ الرُّجوعَ قبل كِبَر الولد، وهل على قوله يلزمُ الموهوبَ له الأجرُ مدَّة الرَّضاع؟ ومقتضى القواعد: أن يُنظرُ إلى الولد: تارةً يقبلُ غيرَ أمِّه وتارةً لا، فإن لم يَقبلْ إلا إيَّاها؛ أمسَكَها للرَّضاع ولا أجرَ، وامتنعَ أخذُها، وإن قَبِلَ غيرَها؛ لا تمنعُ إلا برضى الواهب وله الأجرُ. ويحرَّرُ. ط[3]. ثمَّ إن ظاهرَ «الخانيَّة» اعتمادُ خلاف قول أبي يوسفَ، حيث قال: ولو ولدتِ الهبةُ ولداً؛ كان للواهب أن يَرجعَ في الأمِّ في الحال، وقال أبو يوسفَ: لا يَرجعُ حتَّى يَستغنيَ الولدُ عنها، ثمَّ يرجعُ في الأمِّ دون الولد. اهـ[4].

(قوله: قَالَ فِي «السِّرَاجِ»: لا، وَقَالَ الزَّيْلَعِيُّ: نَعَمْ[5]) تقدَّم التَّوفيقُ من أنَّ الحبلَ عيبٌ في الآدميَّة لا في البهيمة، وتقدَّم عن «الهنديَّة» من أنَّ الجواري تَختلفُ، فمنهنَّ من تَسمنُ

(١) «شرح النقاية»: ق٢٤٣/ب راغب باشا عن «فتاوى قاضيخان».

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٨ عن «الحاوي للفتاوى».

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٢.

(٤) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨١.

(٥) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٨.

وفي «الجوهرة»: مريضٌ مَديونٌ بمُستغرقٍ، وَهَبَ أمةً، فماتَ وقد وُطئتْ؛ ....

به ويحسنُ لونُها، فيكون زيادةً تمنعُ الرُّجوعَ، ومنهنَّ بالعكس، فيكون نُقصاناً لا يمنعُ الرُّجوعَ. اهـ. ويؤيِّدُ هذا التَّوفيقَ ما قدَّمْناه أيضاً من أنَّ الحبلَ إن زادَ خيراً منعَ الرُّجوعَ، وإن نقصَ لا، فإذا كانت الموهوبةُ أَمَةً وحبلتْ عند الموهوب له ونقصتْ بذلك؛ كان للواهب الرُّجوعُ ولا يتبَعُها حملُها، بل إذا ولدتْ بعد الرُّجوع يَستردُّه الموهوبُ له؛ لكونه حَدثَ على ملكه، كما قالوا فيما لو بنى في الدَّار الموهوبة بناءً منقِّصاً كبناءِ تنُّورٍ في بيت السُّكنى، فإنَّه لا يمنعُ الرُّجوعَ كما في «الخانيَّة»، وللموهوب له أخذُه. فقد سقطَ ما قيل: إنَّ ما ذكره الشَّارحُ لا يوافقُ القولين. فافهمْ. ثم لا يخفى أنَّ هذا في الحبل العارض، أمَّا لو وَهبَها حُبلى ورَجَعَ بها كذلك؛ صحَّ، وليس الكلامُ فيه، خلافاً لِمَا فهمه الحمويُّ[1]. وبقيَ: ما لو كان الحبلُ من الموهوب له، فقد قدَّمْنا عن الشيخ أبي السعود بحثاً: بأنَّه مانعٌ من الرُّجوع.

(قوله: مَرِيضٌ) قال في «المحيط»: يجب أن يُعلمَ أنَّ هبةَ المريض هبةٌ عقداً وليستْ بوصيَّةٍ، واعتبارُها من الثُّلُث ما كان لأنَّها وصيَّةٌ، ولكن لأنَّ حقَّ الورثة يتعلَّقُ بالمريض، وقد تبرَّعَ بالهبة، فيلزمُ تبرُّعُه بقَدْر ما جعلَ الشَّرعُ له، وهو الثُّلُثُ، وإذا كان هذا التَّصرُّفُ هبةَ عقدٍ اشتُرِطَ له سائرُ شرائط الهبة، ومن جملتها: قبضُ الموهوب قبل موت الواهب. اهـ[2].

(قوله: وَقَدْ وُطِئَتْ) أطلقَ في وطئها، فعَمَّ ما لو كان الواطئُ الموهوبَ له أو غيرَه.

(١) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٩٣/ آ شهيد علي باشا.

(٢) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٥٩.

يرُدُّها مع عُقرِها، هو المختارُ[1].

(قوله: رَدَّهَا مَعَ عُقْرِهَا) لتعلُّقِ حقِّ الغرماء فيها؛ إذ الدَّينُ يتعلَّقُ بذمَّة المديون، فإذا مرضَ مَرَضَ الموت؛ تعلَّقَ بتركته، وكانت هبتُه حينئذٍ وصيَّةً لا تنفذُ مع استغراق التَّركة بالدَّين، فلذا يلزمُه عُقرُها؛ لأنَّه لم يملِكْها قبل الموت حيث كانت وصيَّةً، ولا بعد الموت؛ لتعلُّقِ حقِّ الغرماء، ولم يجب الحدُّ للشُّبْهة، فوجب العُقرُ، فلو حملتْ من ذلك الوطءِ يراجعُ حكمُه.

فروعٌ: وهبَ في مرضه ولم يُسلِّمْ حتَّى ماتَ؛ بطلتِ الهبةُ؛ لأنَّه وإن كان وصيَّةً حتَّى اعتُبرَ فيه الثُّلُثُ؛ فهو هبةٌ حقيقةً، فيحتاجُ إلى القبض. وهبَ المريضُ عبداً لا مالَ له غيرُه، ثمَّ ماتَ وقد باعَه الموهوبُ له؛ لا ينقضُ البيعُ ويضمنُ ثُلُثَيْه، وإن أعتقَه الموهوبُ له والواهبُ مديونٌ ولا مالَ له غيرُه قبل موته؛ جازَ، وبعد موت الواهب لا؛ لأنَّ الإعتاقَ في المرض وصيَّةٌ، وهي لا تَعملُ حالَ قيام الدَّين، وإن أعتَقَه الواهبُ قبل موته وماتَ؛ لا سعايةَ على العبد لجواز الإعتاق، ولعدم الملك يوم الموت. «بزَّازيَّة»[2]. ورأيتُ في «مجموعة منلا» على الصَّغيرة بخطِّه عن «جواهر الفتاوى»: كان أبو حنيفة حاجّاً، فوقعتْ مسألةُ الدَّوْر بالكوفة، فتكلَّمَ كلُّ فريقٍ بنوعٍ، فذكروا له ذلك حيث استقبلوهُ، فقال من غير فكرٍ ولا رَوِيَّةٍ: أسقِطُوا السَّهمَ الدَّائرَ تصحُّ المسألةُ، مثالُه: مريضٌ وهبَ عبداً له من مريضٍ وسلَّمَه إليه، ثمَّ وهبَه من الواهب الأوَّل وسلَّمَه إليه، ثمَّ ماتا جميعا ولا مالَ لهما غيرُه؛ فإنَّه وقع فيه الدَّورُ: متى رجع إليه شيءٌ منه زادَ في ماله، وإذا زادَ في ماله زادَ

(١) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٣٠ عن «الواقعات».

(٢) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٦٠.

(وَالمِيمُ: مَوْتُ أَحَدِ العَاقِدَيْنِ) ....

في ثُلُثِه، وإذا زادَ في ثُلُثه زادَ فيما يرجعُ إليه، وإذا زادَ فيما يرجعُ إليه زادَ في ثُلُثه، ثم لا يزالُ كذلك، فاحتِيجَ إلى تصحيح الحسابِ، وطريقُه: أن تَطلبَ حساباً له ثُلُثٌ وللثُّلُث ثُلُثٌ وأقلُّه تسعةٌ، ثم تقول: صحَّت الهبةُ في ثلاثةٍ منها، ويرجعُ من الثَّلاثة سهمٌ إلى الواهب الأوَّل، فهذا السَّهمُ هو سهمُ الدَّور، فأسقِطْه من الأصل يبقى ثمانيةٌ، فمنها تصحُّ، وهذا معنى قول أبي حنيفةَ: أسقِطوا السَّهمَ الدَّائرَ، وتصحُّ الهبةُ في ثلاثةٍ من ثمانيةٍ، والهبةُ الثَّانيةُ في سهمٍ، فيحصلُ للواهب الأوَّل ستَّةٌ ضعفُ ما صحَّحْنا في هبته، وصحَّحْنا الهبةَ الثَّانيةَ في ثُلُث ما أعطينا، فثبتَ أنَّ تصحيحَه بإسقاط سهم الدَّوْر، وقيل: دَعِ الدَّورَ يدورُ في الهواء. اهـ ملخَّصاً.

(قوله: وَالمِيمُ مَوْتُ أَحَدِ العَاقِدَيْنِ) يعني: حرفُ الميم إشارةٌ إلى أنَّ موتَ أحدهما مانعٌ إن كان بعد التَّسليم؛ لأنَّ بموت الموهوب له ينتقلُ الملكُ إلى ورثته، فصارَ كما إذا انتقلَ حالَ حياته، ولأنَّ تبدُّلَ الملك كتبدُّلِ العين، فصار كعينٍ أخرى. وإذا مات الواهبُ؛ فوارثُه أجنبيٌّ عن العقد؛ إذ هو ما أوجَبَه، وحقُّ الرُّجوع مجرَّدُ خيارٍ، فلا يُورَثُ كخيار الشَّرط، ولأنَّ الشَّارعَ أوجَبَه للواهب، والوارثُ ليس بواهبٍ.

فإن قلت: إنَّه بالموت قد خرجَ الموهوبُ عن الملك، فيُستغنى بذكر الخاء عن الميم.

أجيبَ: بأنَّ الميتَ يُعطى حكمَ الحيِّ في أشياء، كحقِّ التَّجهيز والتَّكفين وقضاءِ الدَّين وتنفيذِ الوصيَّة، فربما يُظنُّ أنَّ الهبةَ من تلك الأشياء، فكان النصُّ صريحاً على الموت أَوْلى. وليُنظرْ ما لو حُكمَ بلحاقه مرتدّاً، ومفادُ ما ذكرَ من التَّعليل: أنَّه لو حُكمَ بلحاقه مرتدّاً فالحكمُ كذلكَ، وليراجعْ صريحُ النَّقْل. واللهُ تعالى أعلمُ.

بعد التَّسليم، فلو قبلَه بطلَ، ولو اختَلَفا والعينُ في يد الوارثِ؛ فالقولُ للوارث، ......

(قوله: بَعْدَ التَّسْلِيمِ) قيَّدَ به؛ لأنَّه لو ماتَ أحدُهما قبله؛ بطلتْ لعدم الملك، ورجوعُ المستأمِنِ إلى دار الحرب بعد الهبة قبل القبض مُبطلٌ لها كالموت، فإن كان الحربيُّ أَذِنَ للمسلم في قبضه، وقَبَضَه بعد رجوعه إلى دار الحرب؛ جازَ استحساناً، بخلاف قبضه بعد موت الواهب. كذا في «المبسوط». «بحر»[1].

(قوله: بَطَلَ) يعني: عقدَ الهبة، والأَوْلى: بطلتْ، أي: لانتقال الملك للوارث قبل تمام الهبة.

(قوله: وَلَوِ اخْتَلَفَا) أي: الشَّخصانِ لا بقيد الواهب والموهوب له، وإن كان التَّركيبُ يُوهمُه، بأن قال وارثُ الواهب: ما قبضتَه في حياته وإنَّما قبضْتَه بعد وفاته، وقال الموهوبُ له: بل قبضتُه في حياته، والعبدُ في يد الوارث. ط[2].

(قوله: وَالعَيْنُ فِي يَدِ الوَارِثِ) هذا ليس بقيدٍ؛ لِمَا في «الهنديَّة» عن «الذَّخيرة»: قال المدعى عليه: "وَهَبَ لك والدي هذا العين فلم تقبِضْه إلا بعد موته"، وقال الموهوبُ له: "قبضتُه في حياته"، والعينُ في يد الذي يدَّعي الهبةَ؛ فالقولُ للوارث[3]؛ لأنَّ القبضَ قد عُلمَ السَّاعةَ، والميراثُ قد تقدَّمَ القبضَ. اهـ «منح» و«بحر»[4]. وفيه تأمُّلٌ. ط[5]. وقدَّمْناه قريباً ولم يظهرْ لي وجهُ التَّأمُّل.

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٢.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٣.

(٣) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١٥٢، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٩ عن «الذخيرة».

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٢.

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٣.

وقد نظمَ المصنِّفُ ما يَسقطُ بالموت، فقال:

كَفَّارَةٌ................................. ....

(قوله: وَقَدْ نَظَمَ المُصَنِّفُ... إلخ) لم يذكرْه في «المنح»، قال الحلبيُّ: وهو من الطَّويل من الضَّرب الثَّالث منه، والجزءُ الأوَّلُ فيه الثَّلمُ، والجزءُ الثَّاني مقبوضٌ مع تسكين هاء (ديه)، ولو زاد واواً وسكَّنَ الياء من (ديه) لسَلِمَ من العلل. ط[1]. ولو زاد الواو[2] في أوَّله وشدَّدَ الياءَ مع سكون الهاء في (ديه)؛ لكان أَوْلى. وفيه ما فيه؛ لأنَّ الواوَ يجوز حذفُها، ولو قال:

خَرَاجٌ دِيَاتٌ ثُمَّ كَفَّارَةٌ كَذَا ....

لاستقام وزنُه وصحَّ معناهُ، أو قال:

.... زَكَاةٌ كَذَا عُشْرٌ خَرَاجٌ وَرَابِعٌ

لاستقام أيضاً.

(قوله: كَفَّارَةٌ) أطلقَ فيها، فعَمَّ كلَّ كفَّارةٍ، وظاهرُه: أنَّها تسقطُ بالموت أصلاً، حتَّى لا يخرجُ عنه من ماله، ولا يجب الوصيَّةُ به، وهذا خلافُ ما نصَّ عليه الشُّرنبلاليُّ، فإنَّه قال في «نور الإيضاح» وشرحه الصَّغير في أحكام إسقاط الصَّلاة: ولَزِمَه عليه الوصيَّةُ بما قَدَرَ عليه، وبقيَ في ذمَّتِه حتَّى أدركه الموتُ من صومِ فرضٍ وكفَّارةٍ وظهارٍ وجنايةٍ على إحرامٍ ومنذورٍ، فيُخرِجُ عنه وليُّه من ثُلُث ما تركَ وإن لم يُوصِ، لا يلزمُ الوارثَ الإخراجُ، وعلى هذا دَيْنُ صدقة الفطر أو النَّفقة الواجبة والخراج والجزية والكفَّارات الماليَّة والوصيَّة

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٣.

(٢) في هامش بولاق: (قوله: ولو زاد الواو... إلخ، يتأمل في هذا الموضع. اهـ).

.... دِيَــةٌ خَــرَاجٌ وَرَابِعٌ ضَــمَــانٌ لِعِتْقٍ هَــكَــذَا نَفَقَاتُ

بالحجِّ والصَّدقة المنذورة والاعتكاف المنذور عن صومه. اهـ مختصراً[١]. فإن أرادَ: أنَّه إذا ماتَ لا يُطالَبُ الوارثُ بها من تركته صحَّ، أمَّا الذي وَجبتْ بإيصائه؛ فيُطالَبُ بإخراجها شرعـاً. ط[٢]. وفي «شرح السِّراجيَّة»: وإن كان الدَّينُ من حقوق الله تعالى كالزَّكاة والصَّلاة والصَّوم وحجَّة الإسلام والنَّذْر والكفَّارة، فإن أوصى به الميتُ وجبَ عندنا تنفيذُه من ثُلُث ماله الباقي بعد دَيْن العباد، وإن لم يُوصِ لم يجبْ. اهـ[٣]. وعليه فمعنى سقوطِها بالموت: عدمُ وجوب إخراجها من التَّركة بلا وصيَّةٍ، أمَّا إذا أوصى بها؛ فيُطالبُ بإخراجها شرعـاً.

(قوله: دِيَةٌ) أي: على العاقلة، أو على نفس القاتل إن لم يكن له عاقلةٌ. هكذا يفيدُ إطلاقُه. ط[٤].

(قوله: خَرَاجٌ) يعمُّ خراجَ الرَّأس والأرض، وقد علمتَ من نقل الشُّرنبلاليِّ: أنَّه يُوصى بهما ويخرجانِ من الثُّلُث، قال المصنِّفُ في باب العُشْر: (مَنْ عليه عُشرٌ أو خراجٌ إذا ماتَ أُخذَ من تركته، وفي روايةٍ: لا بل يسقطُ بالموت، والأوَّلُ ظاهرُ الرِّواية).

(قوله: ضَمَانٌ لِعِتْقٍ) أي: إذا أعتقَ أحدُ الشَّريكين حظَّه من عبدٍ مُوسراً، فضمَّنَه شريكُه، فمات المعتِقُ؛ سقطَ بموته.

(قوله: هَكَذَا نَفَقَاتُ) أي: غير المستدانة بأمر القاضي، وفي «حاشية أبي السُّعود»:

(١) «مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح»: ص١٦٩.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٣.

(٣) «شرح السراجية» للسيد الشريف: ص٥.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٣.

كَذَا هِبَةٌ حُكْمُ الجَمِيعِ سُقُوطُهَا بِمَوْتٍ لِمَا أَنَّ الجَمِيعَ صِلَاتُ

المرادُ من النَّفقة التي تَسقطُ: غيرُ المستدانة بأمر القاضي، أمَّا هي؛ فقد جزمَ في «الظَّهيريَّة» بعدم السُّقوط، وصحَّحه في «الذَّخيرة»، ونسبه إلى «كافي الحاكم»، وعلَّله بأنَّ للقاضي ولايةً عامَّةً، فكانت استدانتُها بأمره بمنزلة استدانة الزَّوج بنفسه، ولو استدانَ بنفسه لا يَسقطُ ذلك الدَّينُ بموت أحدهما، فكذا هذا. وقد تقدَّم في النَّفقات الكلامُ على هذا مستوفًى، وكذا في رسالة سيدي الوالد رَحِمَهُ ٱللَّهُ «تحرير النُّقول في نفقات الفروع والأصول»، فارجعْ إليها، فإنَّها فريدةٌ في بابها ولم يُسبقْ[1] على منوالها.

(قوله: كَذَا هِبَةٌ) يعني: إذا وهبَ ولم يُسلِّمْ حتَّى ماتَ؛ فإنَّها تبطلُ.

(قوله: لِمَا أَنَّ الجَمِيعَ صِلَاتُ) أي: أو في حكمها كالخراج، وقد علمتَ أنَّه ليس محصوراً فيما ذكره من الخمسة كما علمتَ مما مرَّ. فتأمَّل. ولأنَّ الصِّلاتِ لا تتمُّ إلا بالتَّسليم، وإذا ماتَ قبل التَّسليم تسقطُ.

فإن قيل: لو كانت النَّفقةُ صِلَةً كيف يُجبرُ الزَّوجُ على التَّسليم؟

قلنا: يجوزُ أن يُجبرَ، ألا ترى أنَّ من أوصى أن يوهبَ عبدُه من فلانٍ بعد موته، فماتَ الموصي، فإنَّ الورثةَ يُجبرونَ على تنفيذ الوصيَّة في العبد وإن كان صلةً، ولو ماتَ العبدُ تبطلُ الوصيَّةُ، وكذا الشَّفيعُ يَستحقُّ على المشتري تسليمَ الدَّار إليه بالشُّفعة، والشُّفعةُ صلةٌ شرعيَّةٌ، ولو ماتَ الشَّفيعُ بطلتِ الشُّفعةُ كما في «شرح أدب القضاء»[2].

(١) في هامش بولاق: (قوله: ولم يسبق، كذا بالأصل، ولعله: لم ينسج. اهـ مصححه).

(٢) «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد: الباب التسعون: ٤/ ٢٣٥.

(وَالعَيْنُ: العِوَضُ) بشرطِ أن يذكرَ لفظاً يُعلمُ الواهبَ أنَّه عِوَضُ كلِّ هبته، (فَإِنْ قَالَ: "خُذْهُ عِوَضَ هِبَتِكَ أَوْ بَدَلَهَا") أو في مقابَلَتِها ونحوَ ذلك، ....

(قوله: بِشَرْطِ أَنْ يَذْكُرَ لَفْظاً... إلخ) لأنَّ حقَّ الرُّجوع ثابتٌ له، ولا يسقطُ إلا بعِوَضٍ يرضى به، ولا يتمُّ ذلك بدون رضاهُ. وفي «الجوهرة» ما يُفيدُ أنَّه يكفي العلمُ بأنَّه عِوَضُ هبته[1]. ط[2]. قال في «الخانيَّة»: وهبَ لرجلٍ عبداً بشرط أن يُعوِّضَه ثوباً: إن تَقابَضا جاز، وإلا لا. اهـ[3].

(قوله: "خُذْهُ عِوَضَ هِبَتِكَ") أفاد أنَّه لو وهبَ له شيئاً أو تصدَّقَ عليه ولم يذكرْ أنَّه عِوَضٌ؛ لا يسقطُ الرُّجوعُ، بل لكلٍّ منهما أن يَرجعَ في هبته. كذا في «البحر»[4]. لكن يؤيِّدُ كلامَ «الجوهرة» المذكور ما يأتي عن «اليعقوبيَّة» الآتي قريباً. فتأمَّلْ. وفي أبي السُّعود بعد أن ذكرَ ما نقلناهُ عن «البحر»: وهو صريحٌ في عدم الفرق بين الهبة والصَّدقة، فيخالفُ ما قدَّمْناه من أنَّه إذا كان الموهوبُ له فقيراً ليس له الرُّجوعُ؛ لأنَّها صدقةٌ. اللهمَّ إلا أن يُحملَ ما هنا على أنَّ المتصدَّقَ عليه غنيٌّ، فتزولُ المخالفةُ؛ لأنَّها حينئذٍ تكونُ مجازاً عن الهبة[5].

(قوله: وَنَحْوِ ذَلِكَ) أي: من كلِّ لفظٍ يُفيدُ التَّعويضَ، وفي «الخانيَّة»: إذا عوَّضَ بعد الهبة وقال: "هذا ثوابُ هبتك"، أو "مكافَأتُك"، أو "كافأتُكَ"، أو "أثَبْتُك"، أو "تصدَّقتُ بها عليك بدلاً عن هبتكَ"؛ لا يبقى للواهب الرُّجوعُ[6].

(١) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٢٨.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٣.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٩.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٢.

(٥) «فتح المعين»: ٣/ ٢٢٤.

(٦) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٨.

(فَقَبَضَهُ الوَاهِبُ؛ سَقَطَ الرُّجُوعُ) ولو لم يذكرْ أنَّه عِوضٌ رجعَ كلٌّ بهبتِه. (وَ) لذا

(قوله: سَقَطَ الرُّجُوعُ) أي: رجوعُ الواهب والمعوِّض كما في الأنقرويِّ، وإليه يُشيرُ مفهومُ الشَّارح.

(قوله: وَلَوْ لَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ عِوَضٌ) أي: فيكون هبةً مبتدأةً كما في الزَّيلعيِّ[1].

(قوله: رَجَعَ كُلٌّ بِهِبَتِهِ) برفع "كلٌّ" منوَّناً عِوَضاً عن المضاف إليه؛ لأنَّ التَّمليكَ المطلقَ يحتملُ الابتداءَ ويحتملُ المجازاةَ، فلا يبطلُ حقُّ الرُّجوع بالشكِّ. «مستصفى». لكن قد يقال: إنَّ الأصلَ أنَّ المعروفَ كالملفوظ كما صرَّحَ به في «الكافي»، وفي العُرف يُقصدُ التَّعويضُ، ولا يذكرْ: خُذْ بدلَ هبتك ونحوه استحياءً، فينبغي أن لا يَرجعَ وإن لم يذكر البدليَّةَ. وفي «الخانيَّة»: بعثَ إلى امرأته هدايا وعوَّضت المرأةُ، وزُفَّتْ إليه، ثم فَارَقها، فادَّعى الزَّوجُ أنَّ ما بعثه عاريةٌ وأرادَ أن يستردَّ، وأرادتِ المرأةُ أن تستردَّ العِوَضَ؛ فالقولُ للزَّوج في متاعه؛ لأنَّه أنكرَ التَّمليكَ، وللمرأةِ أن تستردَّ ما بعثَتْه؛ إذ تزعمُ أنَّه عِوَضٌ للهبة، فإذا لم يكن ذلك هبةً؛ لم يكن هذا عِوَضاً، فلكلٍّ منهما استردادُ متاعه. وقال أبو بكر الإسكافُ: إن صرَّحتْ حين بعثتْ أنَّه عِوَضٌ؛ فكذلكَ، وإن لم تُصرِّحْ به ولكن نوتْ أن يكون عِوَضاً؛ كان ذلك هبةً منها، وبطلتْ نيَّتُها[2]. ولا يخفى أنَّه على هذا ينبغي أن يكون في مسألتنا اختلافٌ. «يعقوبيَّة».

(قوله: وَلِذَا... إلخ) قال ط: الأَوْلى حذفُ (لذا)؛ لأنَّه جَعلَه مرتبطاً بما زاده، وإبقاءُ المصنِّف على ظاهره؛ لأنَّه يفيدُ حكمَ ما ذكره الشَّارحُ بالأَوْلى. اهـ[3]. نعم، هو تعليلٌ

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٩.

(٢) «الفتاوى الخانية»: كتاب النكاح: ١/ ٤٤١- ٤٤٢.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٣.

(**يُشْتَرَطُ فِيهِ شَرَائِطُ الهِبَةِ**) كقبضٍ، وإفرازٍ، وعدمِ شيوعٍ ولو العِوَضُ مُجانساً أو يسيراً. وفي بعض نسخ المتن بدل "الهبة": العقد، وهو تحريفٌ.

لِمَا يُفهمُ من قوله: (رجع كلٌّ بهبته)، فإنَّه حيث سمَّى العوضَ هبةً؛ لأنَّه تمليكٌ جديدٌ وإن سمِّي عوضاً؛ شرطَ له ما يُشترطُ للهبة.

(**قوله: وَإِفْرَازٍ**) عن مال المعوِّض، فإنَّه إن عوَّضَه ثمراً على شجرٍ؛ لا يتمُّ حتَّى يُفرزَه. وفي «الهندية»: إنَّ العوضَ المتأخِّرَ حكمُه حكمُ الهبة، يصحُّ بما تصحُّ به، ويبطلُ بما تبطلُ به، إلا في إسقاط الرُّجوع على معنى: أنَّه يثبتُ حقُّ الرُّجوع في الأولى، ولا يثبتُ في الثَّانية. اهـ[1]. وهذا يدلُّ على أنَّ العِوضَ لا يُشترطُ في عقد الهبة. ط[2].

(**قوله: وَلَوِ العِوَضُ مُجَانِساً**) أي: من جنس الهبة، ويسيراً أي: أقلَّ منها، وذلك لأنَّ العوضَ ليس ببدلٍ حقيقةً؛ إذ لو كان كذلكَ لَمَا جازَ بالأقلِّ للرِّبا، يُحقِّقُ ذلك: أنَّ الموهوبَ له مالكٌ للهبة، والإنسانُ لا يُعطي بدلَ ملكه لغيره، وإنَّما عوَّضَه ليُسقطَ حقَّه في الرُّجوع، وأيضاً فإنَّه لَمَّا كان العِوضُ تمليكاً جديداً وفيه معنى الهبة المبتدأةِ، ولذا شُرطَ فيه شرائطُها؛ فيجوزُ بأقلَّ من الموهوب ولو من جنسه، لا فرقَ بين الأموال الرِّبويَّة وغيرِها، ولو كان عِوَضاً من كلِّ وجهٍ؛ لامتنعَ في الأموال الرِّبويَّة إلا مِثلاً بمثلٍ يداً بيدٍ عند اتِّحاد الجنس.

(**قوله: وَهُوَ تَحْرِيفٌ**) لكن قد يقال على هذه النُّسخة: إنَّه أرادَ بالعقد: عقدَ الهبة، فـ"أل" للعهد الحضوريِّ، ويرادُ به المعقودُ عليه، والحاصلُ: أنَّه لا مُلجئَ إلى الحكم

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٤.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٣.

(وَلَا يَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يُعَوِّضَ عَمَّا وُهِبَ لِلصَّغِيرِ مِنْ مَالِهِ) ....

عليه بالتَّحريف مع إمكان صحَّته؛ إذ الأصلُ في اللَّام أن تكون للعهد، والعقدُ المعهودُ هو الذي بوَّبَ له، وهو عقدُ الهبة، فكان معنى النُّسختين معتمداً. تأمَّلْ.

(قوله: وَلَا يَجُوزُ لِلْأَبِ... إلخ) لأنَّه تبرُّعٌ ابتداءً، وليس له أن يتبرَّعَ من مال الابن، فإن عوَّضَ؛ فللواهب أن يَرجعَ في هبته لبُطْلان التَّعويض. «بزَّازيَّة»[1]. وهذه العلَّةُ تُفيدُ أنَّ الأبَ يرجعُ بما عوَّضَ؛ لأنَّه هبةٌ من كلِّ وجهٍ، فصحَّ الرُّجوعُ به، والظَّاهرُ: عدمُ كراهة الرُّجوع فيه؛ لأنَّه لم يتبرَّعْ فيه ابتداءً، بل لقصد التَّعويض، ولم يتمَّ له، فكان كما لو استُحقَّ الموهوبُ؛ فإنَّه يرجعُ بالعِوَض، فكذا هنا. ولا يجوز له التَّعويضُ وإن كانت الهبةُ للصَّغير بشرط التَّعويض كما في «الهنديَّة»[2]. ومما يتفرَّعُ على كون العِوَض بمعنى الهبة: أنَّه لا يجوزُ؛ لأنَّها تبرُّعٌ، وليس للأب أن يتبرَّعَ بمال ابنه وله مَندوحةٌ عن رجوع الواهب في الهبة، مع أنَّ المسلمَ له مانعٌ من دينه أن يرتكبَ المكروهَ، ومع ذلك لو باعَ العينَ الموهوبةَ للصَّغير؛ امتنع الرُّجوعُ، وله ذلك في المنقول، فإن جازَ له ذلك في العقار أيضاً للضَّرورة؛ تُزادُ على المسائل التي يباعُ فيها عقارُ الصَّغير.

(قوله: مِنْ مَالِهِ) الضَّميرُ يرجع لأقرب مذكورٍ، لا سيَّما وقد عُلمَ من صريح عبارة «البزَّازيَّة»: ولو كان العوضُ من مال الأب صحَّ[3]؛ لِمَا مرَّ وسيأتي من صحَّة التَّعويض من الأجنبيِّ.

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٨.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٥ عن «الجوهرة النيرة».

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٨.

ولو وُهبَ العبدُ التَّاجر، ثمَّ عوَّضَ؛ فلكلٍّ منهما الرُّجوعُ. «بحر». (وَلَا يَصِحُّ تَعْوِيضُ مُسْلِمٍ مِنْ نَصْرَانِيٍّ عَنْ هِبَتِهِ خَمْراً أَوْ خِنْزِيراً) إذ لا يصحُّ تمليكاً من المسلم. «بحر»[1].

(قوله: وَلَوْ وُهِبَ العَبْدُ) أي: وهبَ له شخصٌ، و(وُهِبَ) بضم الواو مبنيٌّ للمجهول، أي: وهبَ له شخصٌ شيئاً.

(قوله: ثُمَّ عَوَّضَ) أي: عوَّض العبدُ عن هبته.

(قوله: فَلِكُلٍّ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ) وجهُه في العبد ظاهرٌ؛ لأنَّ الهبةَ تبرُّعٌ، وهو ليس من أهله، فإذا ملكَ العبدُ الرُّجوعَ لبطلان الهبة؛ فكذا للموهوب له الرُّجوعُ بالعوض؛ لأنَّ التَّعويضَ مبنيٌّ على الهبة، وقد بطلتْ. أبو السُّعود[2]. ويَحتملُ أنَّ (وَهَبَ) مبني للفاعل، و(عوِّضَ) مبنيٌّ للمفعول، قال في «الخانيَّة»: العبدُ المأذونُ إذا وهبَ لرجلٍ، فعوَّضَه الموهوبُ له؛ كان لكلِّ واحدٍ منهما أن يرجعَ فيما دفعَ؛ لأنَّ هبةَ العبد باطلةٌ مأذوناً كان أو محجوراً، وإذا بطلتِ الهبةُ بطلَ التَّعويضُ[3].

(قوله: مِنْ نَصْرَانِيٍّ) "مِنْ" هنا بمعنى اللَّام.

(قوله: خَمْراً) مفعولُ (تعويض)، ومفعولُ (هبة) محذوفٌ، وهو من إضافة المصدر لفاعله، والمعنى: لا يجوزُ أن يُعوِّضَ المسلمُ خمراً أو خنزيراً إذا وهبَ له النَّصرانيُّ شيئاً؛ لأنا نُهينا عن تمليك الخمر والخنزير وتملُّكِهما، فللذِّميِّ أن يرجعَ في هبته. قال الطَّحطاويُّ: والظَّاهرُ: أنَّه لو كانت المسألةُ بالعكس يكونُ الحكمُ كذلك، ويُحرَّر. قال

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٢.

(٢) «فتح المعين»: ٣/ ٢٢٤.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٨.

(وَيُشْتَرَطُ أَنْ لا يَكُونَ العِوَضُ بَعْضَ المَوْهُوبِ، فَلَوْ عَوَّضَهُ البَعْضَ عَنِ البَاقِي) لا يصحُّ، (فَلَهُ الرُّجُوعُ فِي البَاقِي) ولو الموهوبُ شيئينِ، فعوَّضه أحدَهما عن الآخر: إنْ كانا في عقدَيْن صحَّ، وإلا لا؛ لأنَّ اختلافَ العقد كاختلافِ العين، والدَّراهمُ تتعيَّنُ

في «الهندية»: وأهلُ الذِّمَّة في الهبة بمنزلة المسلمين؛ لأنَّهم التزموا أحكامَ الإسلام فيما يَرجعُ إلى المعاملات، إلا أنَّه لا تجوزُ المعاوضةُ بالخمر من الهبة فيما بين المسلم والذِّميِّ، سواءٌ كان المسلمُ هو المعوِّضَ الخمرَ أو الذِّميُّ[1]، ثم ذكرَ: ذميٌّ وهبَ لمسلمٍ شيئاً، فعوَّضَه خمراً؛ له الرُّجوعُ في هبته[2]. اهـ[3].

(قوله: بَعْضَ المَوْهُوبِ) قال في «العناية»: مثلُ: أن يكون الموهوبُ داراً والعوضُ بيتٌ منها، أو الموهوبُ ألفاً والعوضُ درهمٌ منها، فإنَّه لا يَنقطعُ به حقُّ الرُّجوع؛ لأنا نعلمُ بيقينٍ أنَّ قصدَ الواهب من هبته لم يكن ذلك، فلا يحصلُ به، خلافاً لزفر، فإنَّه قال: التحقَ بذلك سائرُ أمواله، وبالقليل من ماله ينقطعُ الرُّجوعُ، فكذا هذا[4]. وتمامُه فيها.

(قوله: فَلَهُ الرُّجُوعُ فِي البَاقِي) لأنَّ حقَّه كان ثابتاً في الكلِّ، فإذا وصلَ إليه بعضُه؛ لا يسقطُ حقُّه في الباقي. زيلعي[5].

(قوله: صَحَّ) سواءٌ كانا في مجلسٍ أو مجلسَيْن. «بحر»[6].

(قوله: وَإِلَّا لا) هي مسألةُ المصنِّف.

---

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٤٠٥.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٤٠٥ عن «محيط السرخسي».

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٤.

(٤) «العناية»: ٩/ ٤٤.

(٥) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٩.

(٦) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٢.

في هبةٍ ورجوعٍ. «مجتبى»[١]. (**وَدَقِيقُ الحِنْطَةِ يَصْلُحُ عِوَضًا عَنْهَا**) لحُدُوثه بالطَّحْن، وكذا لو صَبغَ بعضَ الثِّياب، أو لَتَّ بعضَ السَّوِيق ثمَّ عوَّضَه؛ صحَّ. «خانيَّة»[٢].

(**قوله: فِي هِبَةٍ**) يعني: إذا وَهبَه دراهمَ؛ تعيَّنتْ، فلو أبدلها بغيرها؛ كان إعراضًا منه عنها، فلو أتى بغيرها ودفعَه له؛ فهو هبةٌ مبتدأةٌ، وإذا قَبضَها الموهوبُ له وأبدَلَها بجنسها أو بغير جنسها؛ لا رجوعَ عليه. ومثلُ الدَّراهم: الدَّنانيرُ. ط[٣].

(**قوله: وَرُجُوعٍ**) أي: ليس له أن يرجعَ إلا إذا كانت دراهمُ الهبة قائمةً بعينها، فلو أنفَقَها؛ كان إهلاكًا يمنعُ الرُّجوعَ. ط[٤].

(**قوله: لِحُدُوثِهِ بِالطَّحْنِ**) أي: فهو غيرُ الحنطة، فلا يقال: إنَّه عينُ الموهوب أو بعضُه، ولذا لو وهبَ الدَّقيقَ في الحنطة ثم طَحنَه وسلَّمَه؛ لم يصحَّ؛ لأنَّه لَمَّا وهبَه كان معدومًا حين الهبة كما قدَّمْنا.

(**قوله: وَكَذَا لَوْ صَبَغَ**) لأنَّ الشَّيءَ مع غيره غيرُه مع نفسه، فالثَّوبُ المصبوغُ والسَّويقُ الملتوتُ بالسَّمْن غيرُهما خاليَيْن عن الصَّبغ واللتِّ، ولأنَّ ما في الثَّوبَ من الصِّبغ وما في السَّويق من السَّمْن ونحوه يصلحُ عِوَضًا.

(**قوله: ثُمَّ عَوَّضَهُ**) أي: البعضَ، أي: جعلَه عِوَضًا عن الهبة (صَحَّ) لحصول الزِّيادة فيه، فكأنَّه شيءٌ آخرُ.

---

(١) «المجتبى»: ٣/ ٤٢٢.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٨.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٤.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٤.

(وَلَوْ عَوَّضَهُ وَلَدَ إِحْدَى جَارِيَتَيْنِ مَوْهُوبَتَيْنِ وُجِدَ) ذلك الولدُ (بَعْدَ الهِبَةِ؛ امْتَنَعَ الرُّجُوعُ، وَصَحَّ) العوضُ (مِنْ أَجْنَبِيٍّ، وَيَسْقُطُ حَقُّ الوَاهِبِ فِي الرُّجُوعِ إِذَا قَبَضَهُ) كبدلِ الخلع (وَلَو) التَّعويضُ (بِغَيْرِ إِذْنِ المَوْهُوبِ لَهُ) ولا رُجوعَ ولو بأمرِهِ، إلا إذا قال: "عوِّضْ

(قوله: امْتَنَعَ الرُّجُوعُ) لأنَّه ليس له الرُّجوعُ في الولد، فصحَّ العوضُ. اهـ «منح». والظَّاهرُ: أنَّ ذِكرَ الجاريتين اتِّفاقيٌّ، والأَوْلى للمصنِّف التَّعبيرُ بـ: إحدى، وهو كذلك في بعض النُّسخ. ط[1].

(قوله: وَصَحَّ العِوَضُ مِنْ أَجْنَبِيٍّ) أي: دفعُه؛ لأنَّ الموهوبَ له لا يحصلُ له بهذا العوض شيءٌ لم يكن سالماً له من قبلُ، فيصحُّ من الأجنبيِّ كما يصحُّ منه الخلعُ والصُّلحُ عن دم العمد. اهـ زيلعي[2].

(قوله: كَبَدَلِ الخُلْعِ) أي: كما يصحُّ عن بدل الخلع من أجنبيٍّ، وكان الأَوْلى تقديمُه على قوله: (وسقط) كما فعلَ العينيُّ[3].

(قوله: وَلَا رُجُوعَ) أي: للمعوِّض على الموهوب له ولو كان شريكَه، سواءٌ كان بإذنه أو لا؛ لأنَّ التَّعويضَ ليس بواجبٍ عليه، فصارَ كما لو أمره أن يتبرَّعَ لإنسانٍ، إلا إذا قال: "على أنِّي ضامنٌ"، بخلاف المديون إذا أمرَ رجلاً بأن يَقضيَ دَيْنه حيث يرجعُ عليه وإن لم يَضمنْ؛ لأنَّ الدَّينَ واجبٌ عليه. «منح».

(قوله: وَلَوْ بِأَمْرِهِ) يعني: لا رجوعَ للأجنبيِّ على الموهوب له ولو كان بأمره.

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٤.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٩.

(٣) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨٨.

عنِّي على أنِّي ضامنٌ"؛ لعدم وجوبِ التَّعويض، بخلاف قضاء الدَّيْن. (وَ) الأصلُ: أنَّ (كُلّ مَا يُطَالَبُ بِهِ الإِنْسَانُ بِالحَبْسِ وَالمُلَازَمَةِ يَكُونُ الأَمْرُ بِأَدَائِهِ مُثْبِتًا لِلرُّجُوعِ مِنْ غَيْرِ اشْتِرَاطَ الضَّمَانِ، وَمَا لا فَلَا) إلا إذا شرطَ الضَّمان. «ظهيريَّة».

وحينئذٍ (فَلَوْ أَمَرَ المَدْيُونُ رَجُلاً بِقَضَاءِ دَيْنِهِ؛ رَجَعَ عَلَيْهِ) وإن لم يَضمنْ؛ لوجوبِه عليه،

(قوله: لِعَدَمِ وُجُوبِ التَّعْوِيضِ) علَّةٌ لقوله: (ولا رجوعَ ولو بأمره).

(قوله: بِخِلَافِ قَضَاءِ الدَّيْنِ) أي: حيث يرجعُ الأجنبيُّ على المدين إذا قضى بأمره، أي: ولو لم يقل: إنِّي ضامنٌ؛ لأنَّ الدَّينَ ثابتٌ في ذمَّته، وقد أمرَه أن يُسقطَ مطالبتَه عنه، فيكون أمراً بأن يملِّكَه ما كان للطَّالب، وهو الدَّينُ، فصارَ كما لو أمره أن يملِّكَه عيناً. ذكره الزيلعيُّ[1]. قال الأتقانيُّ: والفقهُ فيه: أنَّه لَمَّا أمرَه بقضاء الدَّين صارَ مُستقرِضاً منه ذلك القدرَ، وموكِّلاً إيَّاهُ بالصَّرف إلى غيره؛ لأنا لو لم نجعَلْه كذلك لا يُتصوَّرُ فراغُ ذمَّته عمَّا عليه؛ لأنَّ الذِّمَّةَ لا تفرغُ إلا بالقضاء، ولا يقعُ الفعلُ قضاءً إلا إذا انتقلَ في المؤدِّي إلى مَنْ عليه الدَّينُ أوَّلاً، حتَّى إذا قبضَ ربُّ الدَّين؛ وجبَ للمديون مثلُ ما عليه، فيلتقيانِ قصاصاً، وهذا لا يحتاجُ إليه في الهبة؛ لأنَّه لا دَيْنَ على الموهوب له حتَّى يحتاجَ إلى فراغِ ذمَّته بتقدير الاستقراض، فافترَقا من هذا الوجه. اهـ شِلْبي[2].

(قوله: مَا يُطَالَبُ بِهِ الإِنْسَانُ) دخلَ فيه: النَّفقةُ على الزَّوجة والأولاد.

(قوله: بِالحَبْسِ وَالمُلَازَمَةِ) خرجَ بذلك: الأمرُ بالتَّكفير عنه وأداءِ النَّذر، فإنَّه وإن كان يُطالبُ بهما، لكن لا بالحبس والملازمة. فليتأمَّلْ.

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٩- ١٠٠.

(٢) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٩.

لكن يَخرجُ عن الأصل: ما لو قالَ: أنفِقْ على بناء داري، أو قال الأسيرُ: اشتَرِني؛ فإنَّه يرجعُ فيهما بلا شرطِ رجوعٍ. كفالة «خانيَّة»[1]. مع أنَّه لا يُطالَبُ بهما لا بحبسٍ ولا بملازمةٍ. فتأمَّلْ.

(قوله: لَكِنْ) استدراكٌ على قوله: (وما لا فلا).

(قوله: بِلَا شَرْطِ رُجُوعٍ) كأنَّه لأنَّ العرفَ قاضٍ بضمان ما يدفعُ في ذلك، وقد ذكرَ هذا البحثَ المصنِّفُ وشيخُه في «بحره»، وأشارَ بقوله: (فتأمَّل) إلى نظرٍ في وجه الاستثناء. لكن قد يقال: إنَّ فِداءَ الأسير والإنفاقَ على بناء الدَّار مُلحَقان بما له مطالبٌ يحبسُ به ويلازِمُ عليه. أمَّا الأسيرُ إذا لم يَفْدِ؛ فهو كالرَّقيق تحت أيدي المشركين، بل أعظمُ بلاءً، وربَّما يتعرَّضون لفتنته عن دينه، ولا يقدرُ أن يتخلَّصَ إلا بالفداء، فأُلحقَ بمالٍ له مطالبٌ. وأمَّا بناءُ الدَّار؛ فإنَّه من جملة الحوائج الأصليَّة؛ لأنَّ عدمَ مكانٍ يأوي إليه ويسترُ فيه أهلَه ويحفظُ فيه مالَه يُؤدِّي إلى هلاكه، فكان لا بُدَّ له منه، فأُلحقَ بما له مطالبٌ أيضاً، نظيرُه ما قالوا في الكفالة بالنَّوائب، فهي صحيحةٌ وإن كانت تُؤخذُ منه بغير حقٍّ؛ لأنَّها تُؤخذُ منه فوق أخذ الحقِّ، فجازت الكفالةُ بها لدفع التَّضييق عليه. فتأمَّلْ.

أقول: وقد ذكرَ الشَّارحُ قبل كفالة الرَّجلين أصلينِ آخرينِ: أحدُهما: مَنْ قام عن غيره بواجبٍ بأمره رجعَ بما دفعَ وإن لم يَشترطْه، كالآمرِ بالإنفاق عليه وبقضاء دَيْنه، إلا في مسائلَ: أمَرَه بتعويضٍ عن هبته، وبإطعامٍ عن كفَّارته، وبأداءٍ عن زكاة ماله، وبأن يهبَ فلاناً عنِّي ألفاً. ثانيهما: في كلِّ موضعٍ يملكُ المدفوعُ إليه المالُ مقابلاً بملكِ مالٍ؛ فإنَّ المأمورَ يرجعُ بلا شرطٍ، وإلا فلا، فالمشتري أو الغاصبُ إذا أمرَ رجلاً بأنَّ يدفعَ الثَّمنَ

(١) «الفتاوى الخانية»: ٣/ ٤٦٧- ٤٦٨ ملخصاً.

أو بدلَ الغصب إلى البائع أو المالك؛ كان المدفوعُ إليه مالكـًا للمدفوع بمقابلة مالٍ هو المبيعُ أو المغصوبُ، وظاهرُه: أنَّ الهبةَ لو كانتْ بشرط العِوَض، فأمرَه بالتَّعويض عنها؛ يَرجعُ بلا شرطٍ؛ لوجود الملك بمقابلة مالٍ، بخلافِ ما لو أمره بالإطعام عن كفَّارته أو بالإحجاج عنه ونحوه، فإنَّه ليس بمقابلةِ مالٍ، فلا رجوعَ للمأمور على الآمر إلا بشرط الرُّجوع، ويردُ عليه: الأمرُ بالإنفاق عليه، فإنَّه قد قدَّمَ أنَّه يرجعُ بلا شرطٍ مع أنَّه ليس بمقابلةِ مالٍ، وكذا الأمرُ بأداء النَّوائب وبتخليصِ الأسير على ما مرَّ. قال في «النَّوازل»: قومٌ وقعتْ لهم مصادرةٌ، فأمروا رجلاً أن يَستقرضَ لهم مالاً يُنفقهُ في هذه المؤنات، ففعلَ؛ فالمقرِضُ يرجعُ على المستقرِض، والمستقرِضُ هل يَرجعُ على الآمر؟ إن شرطَ الرُّجوعَ يرجعُ، وبدون الشَّرط لا يَرجعُ، والمختارُ أنَّه يَرجعُ. «تاترخانيَّة» في كتاب الوصايا[1].

وفي «مجموعة النقيب» عن «العماديَّة»: إنَّ المأمورَ بالإنفاق من مال نفسه في حاجةِ الآمر، قال بعضُهم: يوجبُ الرُّجوعَ إذا اشترطَه. وقال بعضُهم: يوجبُ الرُّجوعَ من غير اشتراطِه، وهو الأصحُّ[2]. ولو قال: "عوِّضْ عن هبتي"، أو "أطعِمْ عن كفَّارتي"، أو "أدِّ زكاةَ مالي"، أو "هَبْ فلاناً عنِّي ألفاً"؛ لا يَرجعُ بلا شرط الرُّجوع كما في «البزَّازيَّة»[3].

وذكرَ في «السِّراج الوهَّاج» ضابطاً آخرَ: أنَّ الواجبَ الذي سقطَ عن الآمر بدفع المأمور: إن كان من أحكامِ الآخرة فقط لم يَرجعْ بلا شرط الرُّجوع؛ لأنَّه لو رجعَ لرجعَ بأكثرَ مما أسقطَ، وإن كان من أحكام الدُّنيا؛ رجعَ بلا شرطٍ. اهـ. وقيَّدَ هذا في «الخلاصة»

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ٢٠/ ١٠٤.

(٢) «فصول الأحكام»: الفصل الثاني والثلاثون: ق٢٢٩/ آ فيض الله.

(٣) «الفتاوى البزازية»: كتاب الوكالة: ٢/ ١٤٥.

....

بما إذا قال: "ادفعْ مقدارَ كذا إلى فلانٍ عنِّي"، فلو لم يقل: "عنِّي" أو "ادفَعْه فإنِّي ضامنٌ"، فدفعَ المأمورُ: إن كان شريكَ الآمر أو خليطَه، وتفسيرُه بأن يكون بينهما في السُّوق أخذٌ وعطاءٌ ومواضعةٌ؛ فإنَّه يرجعُ على الآمر بالإجماع، وكذا لو كان الآمرُ في عيال المأمور، أو المأمورُ في عيال الآمر. وإن لم يوجدْ واحدٌ من هذه الثَّلاثة؛ فلا رجوعَ عليه، وعند أبي يوسفَ: يَرجعُ. وهذا إذا لم يقل: "اقضِ عنِّي"، فإن قال؛ ثبتَ له حقُّ الرُّجوع بالإجماع. من «مجموعة النقيب». قال في «الخانيَّة»: ذكرَ في «الأصل»: إذا أمرَ صيرفيّاً في المصارفة أن يُعطيَ رجلاً ألفَ درهمٍ قضاءً عنه، أو لم يقل: قضاءً عنه، ففعلَ المأمورُ؛ فإنَّه يرجعُ على الآمر في قول أبي حنيفةَ، فإن لم يكن صيرفيّاً لا يَرجعُ إلا أن يقول: "عنِّي"، ولو أمرَه بشرائه أو بدفعِ الفداء؛ يَرجعُ عليه استحساناً وإن لم يقل: "على أن ترجعَ عليَّ بذلكَ". وكذا لو قال: "أنفِقْ من مالك على عيالي، أو في بناء داري"؛ يَرجعُ بما أنفقَ، وكذا لو قال: "اقضِ دَيْني"؛ يَرجعُ على كلِّ حالٍ. ولو قضى نائبةَ غيره بأمره؛ رجعَ عليه وإن لم يَشترطِ الرُّجوعَ، هو الصَّحيحُ. اهـ[1].

والحاصلُ: أنَّه إذا قال: "اقضِ دَيْني أو نائبتي"، أو "اكفَلْ لفلانٍ بألفٍ عليَّ"، أو "انقُدْه بألفٍ عليَّ"، أو "اقضِ ما له عليَّ"، أو "أنفِقْ على عيالي أو في بناء داري"؛ يَرجعُ مطلقاً، شرطَ الرُّجوعَ أو لا، قال: "عنِّي" أو لا. وكذا لو قال: "ادفعْ إلى فلانٍ كذا"، وكان المأمورُ صيرفيّاً أو خليطاً للآمر، أو في عياله، وإلا فلا ما لم يقل: "عنِّي" أو "على أنِّي ضامنٌ"، بخلافِ ما لو قال: "هَبْ لفلانٍ عنِّي ألفاً"، أو "أقرِضْه ألفاً"، أو "عوِّضْه عنِّي"، أو "كفِّرْ

(١) «الفتاوى الخانية»: كتاب الكفالة: ٣/ ٤٧٠.

عن يميني بطعامك"، أو "أدِّ زكاةَ مالي بمالكَ"، أو "أحِجَّ عنِّي رجلاً"، أو "أعتِقْ عنِّي عبداً عن ظِهاري"، فلا رجوعَ إلا بشرطه وإن كان المأمورُ خليطاً أو قال: "عنِّي". فجملةُ هذه المسائل أربعةُ أقسامٍ: الأوَّلُ: ما يَرجعُ به المأمورُ مطلقاً، الثَّاني: ما يَرجعُ إن كان صيرفيّاً أو خليطاً له أو في عياله، الثَّالثُ: ما يَرجعُ إن قال: "عنِّي"، الرَّابعُ: ما لا رُجوعَ فيه إلا بشرط الرُّجوع. وقد لخَّصَ سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللَّهُ هذا الحاصلَ من كلام «الخانيَّة» و«الخلاصة»[1]، فهذه المسائلُ منصوصٌ عليها في «الخانيَّة» و«الخلاصة»، وبها يُستغنى عن الأصول المارَّة؛ لأنَّها غيرُ ضابطةٍ، وكذا الأصلُ الذي ذكرناهُ عن الشَّارح، وهو مَنْ قامَ عن غيره بواجبٍ بأمره رجعَ بما دفعَ... إلخ، فإنَّه غيرُ ضابطٍ أيضاً؛ لأنَّه لا يَشملُ الأمرَ بالإنفاق في بناء داره وبشراء الأسير وقضاءِ النائبة، ولشموله الواجبَ الأخرويَّ كالأمر بأداءِ زكاته ونحوه.

وفي «نور العين» عن «مجمع الفتاوى»: أمرَ أحدُ الورثة إنساناً بأن يُكفِّنَ الميتَ فكفَّنَ: إن أمرَه ليَرجعَ عليه؛ يرجعُ عليه، كما في "أنفِقْ في بناء داري"، وهو اختيارُ شمس الإسلام، وذكرَ السَّرخسيُّ: أنَّ له أن يَرجعَ بمنزلة أمر القاضي[2]. وفيه عن «الذَّخيرة»: قال: "ادفعْ إلى فلانٍ قضاءً له"، ولم يقل: "عنِّي"، أو قال: "اقضِ فلاناً ألفاً"، ولم يقل: "عنِّي"، ولا "على أنِّي ضامنٌ لها أو كفيلٌ بها"، فدفعَ، فلو كان المأمورُ شريكاً للآمر أو خليطاً له؛ رجعَ على آمره، ومعنى الخليط: أن يكون بينهما أخذٌ وإعطاءٌ أو مواضعةٌ على أنَّه متى جاءَ رسولُ هذا أو وكيلُه يبيعُ منه أو يُقرِضُه، فإنَّه يرجعُ على الآمر إجماعاً؛ إذ الضَّمانُ بين الخليطين مشروطٌ عرفاً؛ إذا العرفُ أنَّه إذا أمرَ شريكَه أو خليطَه بدفع مالٍ

(١) «رد المحتار»: ١٣/ ١٧٣- ١٨٠.

(٢) «نور العين»: الفصل التاسع والعشرون: ٢/ ٢٨٨.

(وَإِنِ اسْتُحِقَّ نِصْفُ الهِبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ العِوَضِ، وَعَكْسُهُ لا، مَا لَمْ يَرُدَّ مَا بَقِيَ)

إلى غيره بأمره؛ يكون دَيْناً على الآمر، والمعروفُ كالمشروط. وكذا لو كان المأمورُ في عيال الآمر أو بالعكس يرجعُ إجماعاً وإن لم يقل: على أنِّي ضامنٌ ولم يَشترطِ الرُّجوعَ. اهـ[1]. وأفادَ التَّعليلُ بالضَّمان عرفاً: أنَّ ما جرى به العُرفُ في الرُّجوع على الآمر يرجعُ وإن لم يكن خليطاً ولا في عياله، ولذا أثبتوا الرُّجوعَ للصَّيرفيِ. فليُحفظْ.

(قوله: وَإِنِ اسْتُحِقَّ نِصْفُ الهِبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ العِوَضِ) لأنَّه لم يدفَعْه إلا ليَسلمَ له الموهوبُ كلُّه، فإذا فاتَ بعضُه؛ رجعَ عليه بقَدْره كغيره من المعاوضات. «درر»[2]. قال السَّمرقنديُّ: وهذا إذا استُحِقَّ نصفٌ معيَّنٌ، أمَّا إذا لم يكن مُعيَّناً؛ تبطلُ الهبةُ أصلاً. كذا في الشَّرح. اهـ. وقال في «الجوهرة»: وهذا ـ أي: الرُّجوعُ ـ فيما إذا لم يَحتملِ القسمةَ، وإن فيما يحتمِلُها إذا استحقَّ بعضُ الهبة بطلَ في الباقي، ويرجعُ في العِوَض[3]، أي: لأنَّ الموهوبَ له تبيَّنَ أنَّه لم يملكْ ذلك البعضَ المستحقَّ، فبطلَ العقدُ فيه من الأصل، فلو جازَ في الباقي كان هبةَ مشاعٍ فيما يَحتملُ القسمةَ، وذلك يمنعُ ابتداءَ التَّمليك بالهبة. أشار إليه سريُّ الدِّين.

(قوله: وَعَكْسُهُ لا) أي: إن استُحِقَّ نصفُ العوض لا يرجعُ بنصف الهبة؛ لأنَّه ليس عوضاً حقيقةً على ما تقدَّم، ولأنَّ النِّصفَ الباقيَ مقابلٌ لكلِّ الهبة، فإنَّ الباقيَ يصلحُ للعوض ابتداءً، فكذا بقاءً، إلا أنَّه يتخيَّرُ.

---

(١) «الذخيرة البرهانية»: كتاب الكفالة: ١٥/ ٤٨١ - ٤٨٢.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢٣.

(٣) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٣٠.

لأنَّه يصلحُ عِوَضاً ابتداءً، فكذا بقاءً، لكنَّه يُخيَّرُ ليَسلمَ العوضُ، ومرادُه: العوضُ الغيرُ المشروط، أمَّا المشروطُ؛ فمُبادلةٌ كما سيجيءُ، فيُوزَّعُ البدلُ على المبدَلِ. «نهاية». (كَمَا لَوِ اسْتُحِقَّ كُلُّ العِوَضِ حَيْثُ يَرْجِعُ فِي كُلِّهَا إِنْ كَانَتْ قَائِمَةً، لا إِنْ كَانَتْ هَالِكَةً) كما لو استُحقَّ العوضُ وقد ازدادتِ الهبةُ؛ لم يَرجعْ. «خلاصة».

(وَإِنِ اسْتُحِقَّ جَمِيعُ الهِبَةِ؛ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي جَمِيعِ العِوَضِ إِنْ كَانَ قَائِماً، وَبِمِثْلِهِ إِنْ)

(قوله: لِيَسْلَمَ العِوَضُ) الأَوْلى أن يقول: لأنَّه لم يَسلمْ له العوضُ. فتأمَّل.

(قوله: الغَيْرُ المَشْرُوطِ) أي: في عقد الهبة.

(قوله: أَمَّا المَشْرُوطُ) أي: في العقد.

(قوله: فَيُوَزَّعُ) لأنَّه بيعٌ.

(قوله: كَمَا لَوِ اسْتُحِقَّ) تنظيرٌ لمفهوم قوله: (ما لم يرد ما بقيَ)، فإنَّ مفهومَه: أنَّه إذا ردَّ ما بقيَ رجعَ بكلِّ الهبة.

(قوله: لا إِنْ كَانَتْ هَالِكَةً) فإن استُحقَّ العوضُ والهبةُ هالكةٌ؛ لا يرجعُ الواهبُ على الموهوب له أصلاً؛ لأنَّ هلاكَ الهبة مانعٌ من الرُّجوع. اهـ شِلْبي[1]. أي: وقد هلكتْ على ملكه، واستحالَ الرُّجوعُ فيه، فاستوى في ذلك التَّعويضُ وعدمُه. ط[2].

(قوله: لَمْ يَرْجِعْ) أي: الواهبُ على الموهوب له ببدل العوض؛ لأنَّ الزِّيادةَ مانعةٌ من الرُّجوع كالهلاك.

(١) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ١٠٠.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٤.

العوضُ (هَالِكًا وَهُوَ مِثْلِيٌّ، وَبِقِيمَتِهِ إِنْ قِيمِيًّا) «غاية». (وَلَوْ عُوِّضَ النِّصْفَ؛ رَجَعَ بِمَا لَمْ يُعَوَّضْ) ولا يضرُّ الشُّيوعُ؛ لأنَّه طارئٌ.

تنبيهٌ: نقلَ في «المجتبى»: أنَّه يُشترطُ في العوض: أن يكونَ مَشروطًا في عقد الهبة، أمَّا إذا عوَّضَه بعدَه فلا، ولم أرَ من صرَّحَ به غيرُه، ....

(قوله: رَجَعَ بِمَا لَمْ يُعَوَّضْ) لأنَّ المانعَ قد خصَّ النِّصفَ.

(قوله: وَلَا يَضُرُّ الشُّيُوعُ) أي: الحاصلُ بالرُّجوعِ في النِّصف. قال في «البزَّازيَّة»: عوَّضَه في بعض هبته، بأن كانت ألفًا عوَّضَه درهمًا منه؛ فهو فسخٌ في حقِّ الدِّرهم، ويرجعُ في الباقي، وكذا البيتُ في حقِّ الدَّار[1].

(قوله: وَلَمْ أَرَ مَنْ صَرَّحَ بِهِ غَيْرُهُ) قائلُه المصنِّفُ في «منحه»، وفيه: بل صرَّحوا بأنَّ العوضَ قسمانِ، قال سريُّ الدِّين: جعلَ صاحبُ «البدائع» و«المحيط» العوضَ على نوعين: عوضٌ مشروطٌ في العقد، وسيأتي في كلام المصنِّف آخرَ مسألةٍ من هذا الباب، وعوضٌ متأخِّرٌ عن العقد[2]، وهو ما ذكره المصنِّفُ: (والعينُ للعوض) أي: المتأخِّر. اهـ. وقد عقدَ صاحبُ «الهندية» بابًا مستقلًّا لهما[3]، ويُفرَّقُ بينهما بما ذُكرَ هنا من أنَّه لم يكن مشروطًا واستُحقَّ بعضُه؛ فإنَّه يمتنعُ الرُّجوعُ، وإن كان مشروطًا انقسمَ على الهبة. ط[4]. قال في «مشتمل الأحكام» ناقلًا عن «مختصر المحيط»: العوضُ المانعُ إن كان مشروطًا في العقد؛ فلكلِّ واحدٍ الامتناعُ ما لم يَتقابَضا، فهو بمنزلة البيع يردُّ إن بعيبٍ،

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٦٢.

(٢) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١٣٢، «المحيط الرضوي»: ٥/ ٥١٤.

(٣) «الفتاوى الهندية»: الباب السابع: ٤/ ٣٩٣- ٣٩٥، الباب الثامن: ٤/ ٣٩٥- ٣٩٨.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٥.

ويجب له الشُّفعةُ، ولو كان العوضُ متأخِّراً عن العقد: إن أضافَه إلى الهبة بأن قال: "هذا عِوَضُ هبتك أو جاريتكَ"؛ يصحُّ ويكون العوضُ هبةً، يصحُّ بما تصحُّ به الهبةُ، ويبطلُ بما تبطلُ به الهبةُ، ويتوقَّفُ الملكُ على القبض، ولا يكون في معنى المعاوضة ابتداءً ولا انتهاءً. فأمَّا إذا لم يُضفِ العوضَ إلى الهبة؛ فلكلٍّ واحدٍ منهما الرُّجوعُ بما وهبَ، ونقلَ عن «شرح مختصر القدوريِّ»: العوضُ إذا لم يكن مشروطاً في العقد؛ فهو هبةٌ في نفسه، فيتوقَّفُ الملكُ على القبض، ولا يصحُّ الشُّيوعُ، وفي حقِّ الأوَّل يعتبرُ عِوَضاً ثمَّ يسقطُ به الرُّجوعُ[1]. فما في «مختصر المحيط» موافقٌ «للمجتبى» بأحد وجهَيْه.

وفي «غاية البيان»: قال أصحابُنا: إنَّ العوضَ الذي يسقطُ به الرُّجوعُ ما شُرطَ في العقد، فأمَّا إذا عوَّضَه بعد العقد؛ لم يُسقطِ الرُّجوعُ؛ لأنَّه غيرُ مُستحقٍّ على الموهوب له، وإنَّما تبرَّعَ به ليُسقطَ عن نفسه الرُّجوعَ، فيكون هبةً مبتدأةً، وليس كذلكَ إذا شرطَ في العقد؛ لأنَّه يُوجبُ أن يصيرَ حكمُ العقد حكمَ البيع، ويتعلَّق به الشُّفعةُ ويردَّ بالعيب، فدلَّ أنَّه قد صارَ عِوَضاً عنها. وقالوا أيضاً: يجب أن يُعتبرَ في العوض الشَّرائطُ المعتبرةُ في الهبة، وعدمُ الشُّيوع؛ لأنَّه هبةٌ. كذا في «شرح الأقطع». وقال في «التُّحفة»: فأمَّا العِوضُ المتأخِّرُ عن العقد؛ فهو لإسقاط الرُّجوع، ولا يصيرُ في معنى المعارضة لا ابتداءً ولا انتهاءً، وإنَّما يكون الثَّاني عِوَضاً عن الأوَّل بالإضافة إليه نصّاً، كـ"هذا عِوَضٌ عن هبتك"، فإنَّ هذا عِوَضٌ إذا وجدَ القبضُ ويكون هبةً؛ يصحُّ ويبطلُ بما تصحُّ وتبطلُ به الهبةُ. وأمَّا إذا لم يُضِفْ إلى الأولى يكون هبةً مبتدأةً، ويسقطُ حقُّ الرُّجوع في الهبتين جميعاً. انتهى

(١) «المجتبى»: ٣/ ٤٢٢.

وفُروعُ المذهب مُطلقةٌ كما مرَّ. فتدبَّرْ.

(وَالخَاءُ: خُرُوجُ الهِبَةِ عَنْ مِلْكِ المَوْهُوبِ لَهُ) ولو بهبةٍ، إلا إذا رجعَ الثَّاني،

مع بعض اختصارٍ[1]. ومفادُه: أنَّهما قولانِ أو روايتانِ: الأوَّلُ: لزومُ اشتراطه في العقد، والثَّاني: لا، بل لزومُ الإضافة إلى الأولى. وهذا الخلافُ في سقوط الرُّجوع، وأمَّا كونُه بيعاً انتهاءً؛ فلا نزاعَ في لزوم اشتراطه في العقد. تأمَّلْ. وسنذكرُ آخرَ الفصل في الفروع بيانَ العوض مفصَّلاً عن «الهندية» إن شاء اللهُ تعالى، فراجعْه.

(قوله: **وَفُرُوعُ المَذْهَبِ مُطْلَقَةٌ كَمَا مَرَّ**) من دقيق الحنطةِ وولد إحدى جاريتينِ، قال في «المنح»: منها ما قدَّمْناه من أنَّ دقيقَ الحنطة يصلحُ عِوَضاً منها، ومنها ما تقدَّم من أنَّه لو عوَّضَه ولدَ إحدى جاريتينِ موهوبتينِ وجدَ بعد الهبة، فإنَّه يمتنعُ الرُّجوعَ. اهـ[2].

(قوله: **فَتَدَبَّرْ**) قال العلَّامةُ أبو السُّعود: قلتُ: الظَّاهرُ: أنَّ الاشتراطَ بالنَّظَر لِمَا سبق من توزيع البدل على المبدل لا مطلقاً، وحينئذٍ فما في «المجتبى» لا يخالفُ إطلاقُه فروعَ المذهب. فتأمَّلْ. انتهى[3]. لكن قال العلَّامةُ السَّائحانيُّ: أقول: بل فروعُ المذهب صريحةٌ في ضدِّه كما قدَّمتُه عن «الخانية»، وكما قدَّمَه الشَّارحُ في قوله: (ومرادُه العوضُ الغير المشروط)، فلا تَلتفتْ لِمَا في «المجتبى». ثمَّ ظهرَ أنَّ المرادَ بعدم كونه عِوَضاً: أنَّه لا يجعلُ الهبةَ بيعاً انتهاءً. ثم رأيتُ شيخَنا أجابَ بنظير هذا. انتهى. فتأمَّلْ.

(قوله: **خُرُوجُ الهِبَةِ**) لأنَّه حصلَ بتسليط الواهب، فلا ينقضُه. أطلقَ في الخروج، فشملَ ما إذا وهبَ لإنسانٍ دراهمَ ثمَّ استقرَضَها منه، فإنَّه لا يرجعُ فيها لاستهلاكها.

---

(١) «تحفة الفقهاء»: ٣/ ١٦٧.

(٢) «منح الغفار»: ق٣٠/ ٥٣٠ب فيض الله.

(٣) «فتح المعين»: ٣/ ٢٢٥.

فللأوَّل الرُّجوعُ، سواءٌ كان بقضاءٍ أو رضىً؛ لِمَا سيجيءُ أنَّ الرُّجوعَ فسخٌ، حتَّى لو عادتْ بسببٍ جديدٍ، بأن تصدَّقَ بها الثَّالثُ على الثَّاني أو باعَها منه؛ لم يرجعِ الأوَّلُ، ولو باعَ نِصفَه؛ رجعَ في الباقي؛ لعدمِ المانع. وقيَّدَ الخروجَ بقوله: (**بِالكُلِّيَّةِ**) بأن يكونَ خروجاً عن ملكِه من كلِّ وجهٍ، ثمَّ فرَّعَ عليه بقوله: (**فَلَوْ ضَحَّى المَوْهُوبُ لَهُ بِالشَّاةِ**

«خانية». وشملَ أيضاً ما لو وهبَ لمكاتبِ إنسانٍ، ثمَّ عجزَ المكاتبُ؛ لم يرجعِ المالكُ في الهبة عند محمدٍ؛ لانتقالها من ملك المكاتب إلى ملك مولاهُ، خلافاً لأبي يوسفَ كما في «المنح»[1].

(**قوله: سَوَاءٌ كَانَ**) أي: رجوعُ الثَّاني.

(**قوله: فَسْخٌ**) فإذا عادَ إلى الواهب الثَّاني ملكُه؛ عادَ بما كان متعلِّقاً به.

(**قوله: لَمْ يَرْجِعِ الأَوَّلُ**) لأنَّ حقَّ الرُّجوع لم يكن ثابتاً في هذا الملك. «درر» عن «المحيط»[2].

(**قوله: وَلَوْ بَاعَ نِصْفَهُ... إلخ**) مرتبطٌ بالمصنِّف، ويظهرُ في صورة تكرُّرِ الهبة أيضاً. قال في «المحيط البرهاني»: ولو وصلَ إلى الواهب الثَّاني بهبةٍ أو إرثٍ أو وصيَّةٍ أو شراءٍ أو ما أشبهَ ذلك؛ لم يكن للواهب الأوَّلِ أن يَرجعَ[3].

(**قوله: فَلَوْ ضَحَّى... إلخ**) أمَّا لو طَبخَها بعد أن ضحَّى بها أو بدون التَّضحية؛ ينبغي أن لا يَرجعَ؛ لأنَّه بمنزلة الاستهلاك كما عُلمَ في باب الغصب.

---

(١) «منح الغفار»: ق٥٣١/آ فيض الله.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢٣.

(٣) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٤٩.

المَوْهُوبَةِ، أَوْ نَذَرَ التَّصَدُّقَ بِهَا، وَصَارَتْ لَحْماً؛ لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ) ومثلُه: المُتعةُ، والقِرانُ، والنَّذرُ. «مجتبى». وفي «المنهاج»: وإن وهبَ له ثوباً، فجعلَه صدقةً لله تعالى؛

(قوله: لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ) وتُجزيه عن الأضحية والمتعةِ عند محمدٍ، وليس له الرُّجوعُ في قول أبي يوسفَ. والصَّحيحُ: أنَّ قولَ الإمام كقول محمدٍ. «هندية» عن «المحيط»[1]. قال ط: وسكتَ عن النَّذر، والظَّاهرُ: عدمُ الإجزاء؛ لعدم الوفاء بالنَّذْر. اهـ[2]. قال السَّائحانيُّ: ويظهرُ أنَّها تجزئُ عن النَّذر والقِران، أمَّا على روايةِ أنَّها غيرُ فسخٍ من الأصل إذا لم تكن بقضاءٍ؛ فظاهرٌ، وأمَّا على غيرها؛ فلأنَّ هذه الأشياءَ غيرُ محسوسةٍ حتَّى يتأتَّى فيها النَّقضُ، وصرَّحوا بأنَّ الزَّكاةَ لا تعودُ، وكذا الشُّفعةُ فيما لو وهبَ المالَ قبل الحول ثم رجعَ بعده، وفيما لو رجعَ بعدما وهبَ الدَّارَ وبِيعتْ دارٌ بجوارها. وسيأتي:

وَوَاهِبُ شَاةٍ رَاجِعٌ بَعْدَ ذَبْحِهَا فَيُجْزِئُ مَنْ ضَحَّى عَلَيْهَا وَيُؤْجَرُ

وهذا البيتُ تصريحٌ ببعض ما ظهرَ لي. اهـ.

أقول: ولأنَّه وإن لم يُبَحْ له أكلُ المنذور، لكنَّه باقٍ على ملكه بعد الذَّبْح، ولذا يتصدَّقُ به، والصَّدقةُ لا تكون إلا بما هو ملكُه. تأمَّلْ.

(قوله: وَالنَّذْرُ) لعلَّه أرادَ به هنا: المطلقَ، فلا يتكرَّرُ مع المصنِّف، أو يقال: إنَّما كرَّرَها بعد ذكر المتن لها؛ لأنَّه نقلَ عبارةَ «المجتبى»[3] برُمَّتها تأييداً لِمَا في المتن.

(قوله: فَجَعَلَهُ) أي: الموهوبُ له.

---

(١) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٤٩، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٠.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٥.

(٣) «المجتبى»: ٣/ ٤٢٣.

فله الرُّجوعُ، خلافـاً للثَّاني. (كَمَا لَوْ ذَبَحَهَا مِنْ غَيْرِ تَضْحِيَةٍ) فله الرُّجوعُ اتِّفاقـاً.

فرعٌ: عبدٌ عليه دينٌ أو جنايةٌ خطأً، فوهبَه مولاهُ لغريمه أو لوليِّ الجناية؛ سقطَ الدَّينُ والجنايةُ، ....

(قوله: فَلَهُ الرُّجُوعُ) ما لم يُقبضْه للمتصدَّق عليه، ولو وهبَ له شيئـاً وقبضَه، فاختلسَه الواهبُ واستهلكَه؛ غرمَ قيمتَه للموهوب له، ولو كان شاةً فذَبحَها الواهبُ بعد قبض الموهوب له؛ يأخذُ الشَّاةَ المذبوحةَ من غير تغريمٍ، بخلاف ما لو كان ثوبـاً فقَطعَه الواهبُ، فإنَّ الموهوبَ له يأخذُ الثَّوبَ، ويَغرمُ الواهبُ له ما بين القطع والصحَّة. «هنديَّة»[1].

(قوله: خِلَافـاً لِلثَّانِي) أي: فلا يَمتنعُ الرُّجوعُ عنده، والخلافُ يَجري أيضـاً في مسألة الأضحية وما عُطفَ عليها كما هو في «المجتبى»، ولذا قال فيما لو ذَبحَها من غير تضحيةٍ: له الرُّجوعُ اتِّفاقـاً، أي: لم يُخالفْ فيها أبو يوسفَ؛ لأنَّها لم تخرجْ عن ملكه أصلاً، وفي التَّضحية خرجتْ لله تعالى، وهما يقولان: وإن وقعتِ التَّضحيةُ لله تعالى، لكنَّها إنَّما وقعتِ القُربةُ بإراقة الدَّم، ولذا له أن يأكُلَ لحمَها، فلم تَخرجْ عن ملكه بالكليَّة. وهذا ظاهرٌ في الأضحية، وأمَّا في النَّذر؛ فكذلكَ كما علمتَ.

(قوله: فَلَهُ الرُّجُوعُ اتِّفَاقـاً) لأنَّها لم تَخرجْ عن ملكه أصلا.

(قوله: سَقَطَ الدَّيْنُ وَالجِنَايَةُ) كما قدَّمْناه، وصورةُ المسألة: رجلٌ له على عبدٍ دَيْنٌ، فوهبَه مولاهُ لصاحب الدَّين وقَبِلَه؛ سقطَ دَيْنُه؛ لأنَّ بقبوله الهبةَ كان راضيـاً بإسقاط حقِّه في الدَّين وأرشِ الجناية؛ لأنَّهما يتعلَّقان برَقَبة العبد، ولا يَرجعُ على العبد بشيءٍ؛ لأنَّ السيِّدَ لا يَستوجبُ حقّـاً على عبده.

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٤٠٢ عن «المحيط».

ثمَّ لو رجعَ صحَّ استحساناً، ....

(قوله: ثُمَّ لَوْ رَجَعَ) أي: الواهبُ في هبته.

(قوله: صَحَّ اسْتِحْسَانًا) وفي القياسِ: لا يصحُّ رجوعُه في الهبة؛ لأنَّه رَضيَ بسقوط حقِّه ليَسلمَ له العبدُ، فكان بمنزلة العِوَض، وهو روايةُ الحسن عن أبي حنيفةَ والمعلَّى عن أبي يوسفَ وهشامٍ عن محمدٍ.

وعلى قول أبي يوسفَ: إذا رجعَ في الهبة يعودُ الدَّينُ والجنايةُ، وأبو يوسفَ استفحَشَ قولَ محمدٍ وقال: أرأيتَ لو كان على العبد دَيْنٌ لصغيرٍ، فوهبَه مولاهُ منه، فقَبِلَ الوصيُّ وقبضَ، فسقطَ الدَّينُ، فإن رجعَ بعد ذلك لو قلنا: لا يعودُ الدَّينُ؛ كان قبولُ الوصيِّ الهبةَ تصرُّفاً مضرّاً على الصَّغير، ولا يملكُ ذلك؟!

ووجهُ الاستحسان: أنَّه لم ينصَّ على العوض، فكان إسقاطًا محضًا، وكانت الهبةُ خاليةً عن العِوَض؛ لأنَّ شرطَ العوض أن يقول: هو عِوَضٌ عن هبتك كما مرَّ، ولم يوجدْ. قال بعضُ الأفاضل: والذي يظهرُ ما قاله أبو يوسفَ؛ لأنَّ الشَّيءَ يَنتهي بانتهاء علَّتِه، وعلَّةُ سقوط الدَّين الملكُ، ولم يبقَ الملكُ، فيعودُ الدَّين، كمن له على آخرَ دَيْنٌ مؤجَّلٌ، فقضاهُ قبل الأجل، فاستُحقَّ ذلك؛ عاد الدَّينُ مؤجَّلاً؛ لأنَّه لَمَّا بطلَ القضاءُ بالاستحقاق بطلَ وهو سقوطُ الأجل. فتأمَّلْ. اهـ.

فروعٌ: صبيٌّ له على مملوكِ وصيِّه دَيْنٌ، فوهبَ الوصيُّ عبدَه للصَّبيِّ، ثمَّ أراد الوصيُّ الرُّجوعَ؛ في ظاهر الرِّواية له ذلكَ، وعن محمدٍ المنعُ. «بزَّازيَّة»[1].

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٦٢.

ولا يَعودُ الدَّينُ والجنايةُ عند محمدٍ وروايةٍ عن الإمام، كما لا يَعودُ النِّكاحُ لو وَهبَها لزوجها ثمَّ رجعَ. «خانيَّة».

(قوله: وَرِوَايَةٍ عَنِ الإِمَامِ) لأنَّ السَّاقطَ لا يعودُ، كماءٍ قليلٍ نجسٍ دخلَ عليه الماءُ الجاري حتَّى كَثُرَ وسالَ، ثمَّ عادَ إلى القلَّة؛ لا يعودُ نَجِساً.

وقال أبو يوسفَ: يعودُ الدَّينُ حكماً كما كان؛ لأنَّ زوالَ الدَّين كان حكماً لملكه الموهوبَ له، وقد بطلَ الملكُ كما في «المنح»[1].

(قوله: كَمَا لا يَعُودُ النِّكَاحُ) وذكر الصَّدرُ الشَّهيدُ: أنَّه يعودُ.

قال في «الخانيَّة»: وأمَّا مسألةُ النِّكاح؛ ففيها روايتانِ عن أبي يوسفَ: في روايةٍ: إذا رجعَ الواهبُ يعودُ النِّكاحُ. اهـ[2].

وفي «الهنديَّة» بعدما ذكرَ ما عن الصَّدر الشَّهيد: وذكرَ محمدٌ في الكتاب في مواضعَ: أنَّه بالرُّجوع في الهبةِ يعودُ إلى الواهب قديمُ ملكه، والمرادُ منه: العودُ إلى قديم ملكه فيما يَستقبلُ، لا فيما مضى، ألا ترى أنَّ من وهبَ مالَ الزَّكاة من رجلٍ قبل الحول وسلَّمَه إليه، ثمَّ رجعَ في الهبة بعد الحول؛ لا يجبُ على الواهب زكاةُ ما مضى. اهـ.

فلم يُجعلْ قديمُ ملكه عائداً إليه في حقِّ زكاةِ ما مضى، وكذلك من وهبَ من آخرَ داراً وسلَّمَها إلى الموهوب له، ثمَّ بِيعتْ دارٌ بجنبها، ثمَّ رجعَ الواهبُ فيها؛ لم يكن للواهب أن يأخُذَها بالشُّفعة، ولو عادَ إليه قديمُ ملكه فيما مضى وجعلَ كأنَّ الدَّارَ لم تَزُلْ عن ملكه؛ لكان له الأخذُ بالشُّفعة. اهـ. وعزاهُ «للذَّخيرة»[3].

---

(١) «منح الغفار»: ق٥٣١/آ فيض الله.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٢.

(٣) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١٥١، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٨- ٣٨٩.

(وَالزَّايُ: الزَّوْجِيَّةُ وَقْتَ الهِبَةِ، فَلَوْ وَهَبَ لِامْرَأَةٍ ثُمَّ نَكَحَهَا؛ رَجَعَ، وَلَوْ وَهَبَ لِامْرَأَتِهِ؛ لَا) كعكسِه.

فرعٌ: لا تصحُّ هبةُ المولى لأمِّ ولده ولو في مرضِه، ....

(قوله: وَالزَّايُ) فيها لغاتٌ، فمدَّها بعضُ العرب، ومنهم من يقول: زايٌ، ومنهم من يقول: زا فيقصُرُها، ومنهم من يُنَوِّنُ فيقول: زا، وهذا أقبحُ الوجوه؛ لأنَّه لم يأتِ اسمٌ على حرفٍ، ومنهم من يقول: زيٌّ فيشدد الياءَ. أبو السعود عن ابن عَبدونَ[1].

(قوله: فَلَوْ وَهَبَ لِامْرَأَةٍ... إلخ) الأصلُ: أنَّ الزَّوجيَّةَ نظيرُ القرابة، حتَّى يَجري التَّوارثُ بينهما بلا حاجبٍ، وتردُّ شهادةُ كلِّ واحدٍ للآخر، فيكون المقصودُ من هبة كلٍّ منهما للآخر: الصِّلةُ والتَّوادُدُ دون العِوَض، بخلاف الهبةِ للأجنبيِّ، فإنَّ المقصودَ منها العوضُ. ثمَّ المعتبرُ في ذلك حالةَ الهبة، فإن كانت أجنبيَّةً؛ كان مقصودُه العِوَضَ، فثبتَ له الرُّجوعُ فيها، فلا يسقطُ بالتَّزويج. وإن كانتْ حليلتَه؛ كان مقصودُه الصِّلةَ دون العوض، وقد حصلَ، فسقطَ الرُّجوعُ، فلا يعودُ بالإبانة. اهـ زيلعي ملخَّصاً[2].

(قولــه: لَا) أي: لا يَرجـعُ، ولـو فارَقَهـا بعد ذلـك لا يملكُ الرُّجـوعَ؛ لقيـام الزَّوجيَّة وقت الهبة.

(قوله: كَعَكْسِهِ) أي: لو وهبَتْه لرجلٍ ثمَّ نكحَها؛ رجعتْ، ولو لزوجِها؛ لا وإن فارَقَها. والأَوْلى أن يقول: كما إذا كانتْ هي الواهبةُ فيهما.

(قوله: وَلَوْ فِي مَرَضِهِ) قال في «الأصل»: ولا يجوزُ هبةُ المريض ولا صدقتُه إلا مقبوضةً، فإذا قُبضتْ جازتْ من الثُّلُث، وإذا ماتَ قبل التَّسليم بطلتْ. ويجب أن يُعلمُ

(١) «فتح المعين»: ٣/ ٢٢٦ عن كتاب «المقصور والممدود» لابن عبدون.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ١٠١.

ولا تَنقلبُ وصيَّةً؛ إذ لا يدَ للمحجور، أمَّا لو أوصى لها بعد موته؛ تصحُّ لعتقِها بموته، فيَسلمُ لها. «كافي».

(وَالقَافُ: القَرَابَةُ، فَلَوْ وَهَبَ ....

بأنَّ هبةَ المريض هبةٌ عقداً وليستْ بوصيَّةٍ، واعتبارُها من الثُّلُث ما كان لأنَّها وصيَّةٌ، ولكن لأنَّ حقَّ الورثة يتعلَّقُ بالمريض، وقد تبرَّعَ بالهبة، فيلزمُ تبرُّعُه بقَدْر ما جعلَ الشَّرعُ له، وهو الثُّلُثُ، وإذا كان هذا التَّصرُّفُ هبةَ عقدٍ؛ اشتُرِطَ له سائرُ شرائط الهبة، ومن جملتها: قبضُ الموهوب قبل موت الواهب. اهـ «محيط»[1].

(قوله: وَلَا تَنْقَلِبُ وَصِيَّةً) لِمَا علمتَ أنَّ هبةَ المريض هبةٌ عقداً، وهي ليستْ بأهلٍ لقبضها؛ لأنَّها لو قبضَتْها لكانت ملكاً له، ويَستحيلُ أن يملِّكَ الإنسانُ ملكَه لنفسه، وأيضاً أفاد أنَّ قولَهم: الهبةُ في مرض الموت وصيَّةٌ: أنَّها تنعقدُ هبةً وتنقلبُ وصيَّةً، وشرطُ الهبة القبضُ، وأمُّ الولد محجورةٌ لقيام الملك حالَ حياة المولى، ولا يد للمحجور، فلا يتأتَّى منها القبضُ، ولا يمكنُ أن تصيرَ مأذونةً في تلك الهبة؛ لأنَّها لا تملكُ ما دامتْ رقيقةً، أمَّا لو أوصى لها؛ فإنَّها تمليكٌ بعد الموت، وهي حرَّةٌ بعد موت مولاها، فتصحُّ الوصيَّةُ.

(قوله: لِعِتْقِهَا بِمَوْتِهِ) ويُعتبرُ القبولُ بعد الموت، والتَّمليكُ واقعٌ لها بعده.

(قوله: وَالقَافُ القَرَابَةُ) أي: القريبةُ، إلا الوالدُ إذا احتاجَ إلى ذلك. قال في «الدُّرَر»: فإنَّه يَنفردُ بالأخذ لحاجته إلى الإنفاق، ويُسمَّى ذلك رجوعاً نظراً إلى الظَّاهر، وإن لم يكن رجوعاً حقيقةً، على أنَّ هذا الحكمَ غيرُ مختصٍّ بالهبة، بل الأبُ إذا احتاجَ فله الأخذُ من مال ابنه ولو غائباً كما ذكرَ في باب النَّفقات. قال صدرُ الشَّريعة: ونحن نقولُ به، أي: لا ينبغي أن يرجعَ إلى الوالد، فإنَّه يتملَّكُ للحاجة[2]، فتوهَّمَ بعضُ النَّاس أنَّ قولَه: ونحن

---

(١) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٥٩.

(٢) «شرح الوقاية»: ٤/ ٢٦٨.

لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ ....

نقول به: أنَّ للأب أن يرجعَ فيما وهبَ لابنه عندنا أيضاً مطلقاً، وهو وهمٌ باطلٌ منشؤه الغفلةُ عن قوله: فإنَّه يتملَّكُه للحاجة، فإنَّ مرادَه ما ذكرنا، حتَّى لو لم يَحتجْ لم يجزْ له الأخذُ من مال ابنه، فإنَّ ما توهَّمَه مخالفٌ لتصريح علمائنا ـ كقاضيخان وغيره ـ أنَّ قرابةَ الوِلاد من جملة الموانع. اهـ[1]. ولهذا لم يتعرَّض الشَّارحُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ لتخصيص القرابة بغير الأب، بل تَركَه على العموم اتِّكالاً على ما تقرَّرَ: أنَّ للأب أن يتناوَلَ من مال ابنه عند الحاجة بقَدْرها.

(قوله: لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ) خرجَ: مَنْ كان ذا رَحِمٍ وليس بمحرمٍ، ومَنْ كان محرماً وليس بذي رحمٍ. «درر»[2]. فالأوَّلُ كابن العمِّ، فإن كان أخاهُ من الرَّضاع أيضاً؛ فهو خارجٌ أيضاً، واحترَزَ عنه بقوله: (نسباً)، فإنَّه ليس بذي رَحمٍ مَحرَمٍ من النَّسَب كما في «الشرنبلاليَّة»[3]. والثَّاني كالأخ رضاعاً، قال السَّمرقنديُّ: الرَّحِمُ صاحبُ القرابة، والمحرَمُ هو الذي يحرمُ مناكحَتُه. اهـ. وإنَّما لا يرجعُ فيها؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إِذَا كَانَتِ الهِبَةُ لِذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا»[4]، ولأنَّ المقصودَ منها صلةُ الرَّحِم، وقد حصلَ، وفي الرُّجوع قطيعةُ الرَّحِم. اهـ زيلعي[5].

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢١- ٢٢٢.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢١.

(٣) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٢١ (بهامش درر الحكام).

(٤) رواه الحاكم في «المستدرك»: ٢٣٢٤ وصححه، والدارقطني في «سننه»: ٣/ ٤٦١، والبيهقي في «الكبرى»: ١٢٠٢٦ وضعفه من حديث سمرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

(٥) «تبيين الحقائق»: ٥/ ١٠١.

مِنْهُ) نسبـًا (وَلَوْ ذِمِّيًّا أَوْ مُسْتَأْمِنًا؛ لا يَرْجِعُ) «شمني». (وَلَوْ وَهَبَ لِمَحْرَمٍ بِلَا رَحِمٍ كَأَخِيهِ رَضَاعًا) ولو ابنَ عمِّه، ....

(قوله: مِنْهُ) صفةُ (محرم)، والضَّميرُ في (منه) للرَّحم، فخرجَ الرَّحمُ غيرُ المحرَم كابن العمِّ، والمحرَمُ غيرُ الرَّحم كالأخ رضاعـًا، والرَّحمُ المحرَمُ الذي محرميَّتُه لا من الرَّحِم كابن عمٍّ هو أخٌ رضاعـًا، وعلى هذا لا حاجةَ إلى قوله: (نسبـًا). نعم، يحتاجُ إليه لو جعلَ الضَّميرُ للواهب ليخرجَ به الأخيرُ. تدبَّرْ.

(قوله: نَسَبًا) حالٌ من (محرم)، فلو كان الرَّحمُ مَحرمـًا من الرَّضاع أو المصاهرةِ لا يمتنعُ الرُّجوعُ؛ لعدم وجوب صلته، ولذا لا يجبُ إنفاقُه عليه عند عجزه، وإن كانت صِلتُه مندوبـًا إليها.

(قوله: وَلَوْ ذِمِّيًّا أَوْ مُسْتَأْمِنًا) لأنَّه واجبُ الصِّلَة ومحلٌّ للصَّدقة؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَـٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَـٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ﴾[الممتحنة: ٨]، ولقبول الذِّمَّة والأمان فقد تركَ المقاتلةَ. قال القهستانيُّ: ومثلُهما الحربيُّ[١].

(قوله: بِلَا رَحِمٍ) أي: بلا رَحمٍ موجِبٍ للمحرميَّة، وإن صارَ له رحمٌ بالرَّضاع والمصاهـرة؛ فإنَّه لا يمنعُ الرُّجوعَ.

(قوله: وَلَوِ ابْنَ عَمِّهِ) أي: ولو كان أخوهُ رضاعـًا ابنَ عمه، وهذا خارجٌ بقوله: (منه) أو بقوله: (نسبـًا)؛ لأنَّ محرميَّته ليستْ من النَّسَب، بل من الرَّضاع، ولا يخفى أنَّ وَصلَه بما قبله غيرُ ظاهرٍ؛ لأنَّ قولَه: (لمحرم بلا رحمٍ) لا يشملُه؛ لكونه رَحِمـًا، إلا أن يقال: قولُه: (بلا رحمٍ) الباءُ فيه للسَّببيَّة، أي: لمحرمٍ بسبب غير الرَّحِم، كالباء في قوله بعده: (بالمصاهـرة). تأمَّلْ.

---

(١) «جامع الرموز»: ص٤٣٢.

(وَلِمَحْرَمٍ بِالمُصَاهَرَةِ كَأُمَّهَاتِ النِّسَاءِ، وَالرَّبَائِبِ، وَأَخِيهِ وَهُوَ عَبْدٌ لِأَجْنَبِيٍّ، أَوْ لِعَبْدِ أَخِيهِ؛ رَجَعَ ....

(قوله: وَلِمَحْرَمٍ) عطفٌ على (لمحرم)، فلا يمنعُ الرُّجوعَ.

(قوله: كَأُمَّهَاتِ النِّسَاءِ وَالرَّبَائِبِ) ومثلُهم: أزواجُ البنين والبنات. «خانيَّة»[1].

(قوله: وَأَخِيهِ وَهُوَ عَبْدٌ لِأَجْنَبِيٍّ) أي: لأنَّ الهبةَ لم تقعْ له حينئذٍ، بل لمولاهُ؛ لأنَّ العبدَ لا يملكُ، وإن تملَّكَ؛ فهو وما في يده لسيِّده. وفي ألغاز «الأشباه»: أيُّ أبٍ وهبَ لابنه وله الرُّجوعُ؟ فقل: إذا كان الابنُ مملوكاً لأجنبيٍّ[2]. قال الحمويُّ: وإنَّما قيَّد بكونه مملوكاً لأجنبيٍّ؛ لأنَّه إذ كان مملوكاً لقريبٍ ذي رَحِمٍ مَحرمٍ منه؛ تكون الهبةُ واقعةً للقريب، والهبةُ للقريب لا رجوعَ فيها. وإنَّما قيَّدَ القريبَ بكونه ذا رَحِمٍ؛ لإمكان تصوُّر المسألة، وإلا فلا يمكنُ تصوُّرُها[3].

(قوله: أَوْ لِعَبْدِ أَخِيهِ) أي: وهو أجنبيٌّ؛ لأنَّه لم يَهَبْ للأخ صورةً، وإن وقعتْ للأخ في الحقيقة؛ لقيام الشكِّ في المانع، فلا يثبتُ مع الشكِّ، ولأنَّ الملكَ لم يقعْ فيها للقريب من كلِّ وجهٍ، بدليل أنَّ العبدَ أحقُّ بما وهبَ له إذا احتاجَ إليه. وهذا عند أبي حنيفةَ، وقالا: يرجعُ في الأولى دون الثَّانية. «منح» عن «البحر»[4]. ومثلُه في «شرح المجمع».

(قوله: رَجَعَ) أي: في كلِّ الصُّوَر عند الإمام، وقالا: يَرجعُ في الأولى لا في الثَّانية كما علمتَ؛ لأنَّ الملكَ يقعُ للمولى، فكان هو المعتبرُ. وللإمام: إنَّ الهبةَ تقعُ للمولى من وجهٍ، وهو ملكُ الرَّقبة، وللعبد من وجهٍ، وهو ملكُ اليد، ألا ترى أنَّه أحقُّ به ما لم يَفضلْ

---

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨١.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٣٤٧.

(٣) «غمز عيون البصائر»: ٤/ ٢٠٣.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٤.

وَلَوْ كَانَا) أي: العبدُ ومولاهُ (ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الوَاهِبِ؛ فَلَا رُجُوعَ فِيهَا اتِّفَاقًا عَلَى الأَصَحِّ) لأنَّ الهبةَ لأيِّهما وقعتْ تمنعُ الرُّجوعَ. «بحر».

فرعٌ: وهبَ لأخيه وأجنبيٍّ ما لا يُقسمُ، فَقبضاهُ؛ ....

عن حاجته، فباعتبار أحدِ الجانبين يلزمُ فيهما، وباعتبار الجانب الآخر لا يلزمُ فيهما، فلا يلزمُ بالشكِّ، ولأنَّ الصِّلةَ قاصرةٌ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهما؛ لِمَا ذكرنا في المعنى، والصِّلةُ الكاملةُ هي المانعةُ من الرُّجوع، فلا تتعدَّى إلى القاصرة.

(قوله: وَلَوْ كَانَا ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الوَاهِبِ) بأن كان أخوه لأبيه عبداً لأخيه من أمِّه. اهـ سريُّ الدين عن «المبسوط». أي: لأنَّ الهبةَ في الصُّورة وقعتْ لذي الرَّحِم، وكذا في الحقيقة، فامتنعَ الرُّجوعُ للوجهين. ولو عجزَ قريبُه المكاتبُ؛ فعند محمدٍ: لا يرجعُ، خلافاً لأبي يوسفَ. وإن عتقَ لا رجوعَ. «منح». فأفادَ أنَّه لا يرجعُ ما دام مُكاتباً اتِّفاقاً؛ لأنَّه حرٌّ يداً. ويمكن تصويرُ المسألة بأن يكون لرجلٍ أختانِ، لكلِّ واحدةٍ منهما ولدٌ، وأحدُ الولدَيْن مملوكٌ للآخر.

(قوله: عَلَى الأَصَحِّ) وذكرَ الكرخيُّ عن محمدٍ: أنَّ قياسَ قول الإمام: أن يرجعَ؛ لأنَّه لم يكن لكلِّ واحدٍ منهما صلةٌ كاملةٌ.

(قوله: لِأَنَّ الهِبَةَ... إلخ) أي: فليس في المانع شكٌّ.

(قوله: مَا لا يُقْسَمُ) أي: ما لا يقبَلُها مع بقاء الانتفاع السَّابق كما تقدَّم، واحترزَ به عمَّا وهبَ لهما ما يُقسمُ، فلا تصحُّ لواحدٍ منهما؛ لأنَّ هبةَ ما يحتملُ القسمةَ لاثنين غيرُ صحيحةٍ؛ لأنَّه وهبَ لكلٍّ منهما مشاعاً كما تقدَّم قُبيل باب الرُّجوع، وبقلبِه لا، أي: لو وهبَ لاثنينِ ما يحتملُ القسمةَ لا يصحُّ.

له الرُّجوعُ في حظِّ الأجنبيِّ لعدم المانع. «درر»[١].

(وَالهَاءُ: هَلَاكُ العَيْنِ المَوْهُوبَةِ، وَلَوِ ادَّعَاهُ) أي: الهلاكَ (صُدِّقَ بِلَا حَلِفٍ) لأنَّه يُنكرُ الردَّ،

(قوله: لَهُ الرُّجُوعُ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ) اعتباراً للبعض بالكلِّ. «مبسوط»[٢].

(قوله: هَلَاكُ العَيْنِ المَوْهُوبَةِ) أي: تلفُ عينها أو عامَّة منافعها مع بقاء الملك، فلو وَهبَه سيفاً، فجعلَه سِكِّيناً أو سيفاً آخرَ؛ لا يرجعُ؛ لتعذُّرِ الرُّجوع بعد الهلاك؛ إذ هو غيرُ مضمونٍ عليه، بخلاف شاةٍ ذبحَها. زيلعي ومكي. لو استهلكَ البعضَ؛ له أن يَرجعَ بالباقي. «بزَّازيَّة»[٣]. والاستهلاكُ كالهلاك كما هو ظاهرٌ. صرَّحَ به أصحابُ الفتاوى. رملي[٤]. وأمَّا هلاكُ أحد العاقدَيْن؛ فقد قدَّمَه.

(قوله: لِأَنَّهُ يُنكِرُ الرَّدَّ) أي: وجوبَه عليه، وهذه علَّةٌ لقوله: (صدِّق)، ولأنَّ دعواهُ الهلاكَ إخبارٌ منه بهلاك ملكه، وإنَّه لا يُوجبُ يميناً. «برهان». قال العينيُّ: فلو ادَّعى الموهوبُ له الهلاكَ صُدِّقَ؛ لأنَّه مُنكرٌ لوجوب الردِّ عليه، فأشبهَ المودَعَ. اهـ[٥]. بقيَ قولُه: (بلا حلفٍ) عزاهُ في «الدُّرر» وغيره إلى «الكافي»[٦]، ولم يذكرِ العلَّةَ، مع أنَّ في «الوهبانيَّة» قال: إذا ادَّعى المودَعُ ضياعَها وحدها يُستحلفُ، وقد قال العينيُّ: فأشبهَ المودَعَ. على أنَّ المقرَّرَ وإن كان القولُ قولَ المنكر لكنَّه بيمينه، ولأن كلَّ مَنْ أنكرَ ما لو أقرَّ به لزمَه؛ يحلفُ عند إنكاره، وهذا لو أقرَّ بعدم الهلاك يلزمُه الردُّ، فلِمَ لا يحلفُ عند إنكاره بدعوى الهلاك؟!

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢٣.

(٢) «المبسوط» للسرخسي: ١٢/ ٥٨، ووقع قولُه: (اعتباراً للبعض بالكل) في المطبوعة ضمن متن «الكافي».

(٣) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٦٢.

(٤) «لوائح الأنوار»: ق٧٥/آ ولي الدين.

(٥) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨٨- ١٨٩.

(٦) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢٢.

(فَإِنْ قَالَ الوَاهِبُ: "هِيَ هَذِهِ" العينُ"؛ (حُلِّفَ) المنكرُ (أَنَّهَا لَيْسَتْ هَذِهِ) «خلاصة» (كَمَا يُحَلَّفُ) الواهبُ (أَنَّ المَوْهُوبَ لَهُ لَيْسَ بِأَخِيهِ إِذَا ادَّعَى) الأخُ (ذَلِكَ) لأنَّه يدَّعِي مسبَّبَ النَّسَب لا النَّسبَ. «خانيَّة».

والظَّاهرُ: أنَّ العلَّةَ هي عدمُ تأكُّد ملك الواهب. قال في «الخلاصة»: لو قال الموهوبُ له: "هلكتْ"؛ فالقولُ قولُه ولا يمينَ عليه، وعليه «الكنز» وسائرُ المتون[1].

(قوله: حُلِّفَ المُنْكِرُ: أَنَّهَا لَيْسَتْ هَذِهِ) أي: ولا يحلفُ على الهلاك لِمَا سبقَ. والحاصلُ: أنَّه لا يمينَ عليه بدعوى الهلاك ما لم يُعيِّن الواهبُ عيناً، ويدَّعيَ أنَّها هي الهبةُ لا الهالكةُ، ويريدُ استردادَها، وأنكرَ الموهوبُ له ذلكَ، وادَّعى أنَّ الموهوبَ غيرُها؛ حُلِّفَ.

(قوله: كَمَا يُحَلَّفُ الوَاهِبُ... إلخ) قال في «الهنديَّة»: وإذا أرادَ الواهبُ الرُّجوعَ في الهبة، فقال الموهوبُ له: أنا أخوكَ، أو قال: عوَّضْتُك أو تصدَّقتَ به عليَّ، وكذَّبَه الواهبُ؛ فالقولُ للواهب[2].

(قوله: الأَخُ) الأَوْلى: الموهوبُ له.

(قوله: مُسَبَّبَ النَّسَبِ) يعني: المالَ (لا النَّسَبَ) أي: ولو كان المقصودُ النَّسبَ لا يَجري فيه اليمينُ على قول الإمام، خلافاً لقول الصَّاحبين المفتى به من أنَّ التَّحليفَ يجري في النَّسَب. وحاصلُ التَّحقيق في هذه المسألة: أنَّه لو ادَّعى بسبب النَّسَب مالاً لازماً، وكان المقصودُ إثباتَه دون النَّسَب؛ فيحلفُ عليه كما في «المنح» والطَّحطاويِّ وغيرهما[3]،

---

(١) «كنز الدقائق»: ص٥٤٠.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٩.

(٣) «منح الغفار»: ق٥٣١/ ب فيض الله عن «فتاوى قاضي خان» من الاستحلاف، «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٦.

(وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا أَوْ بِحُكْمِ الحَاكِمِ) للاختلاف فيه، ....

حتَّى قال في «البحر»: يُستحلفُ الواهبُ عند الكلِّ؛ لأنَّه ادَّعى بسبب النَّسَب مالاً لازماً، فكان المقصودُ إثباتَه دون النَّسَب، وعزاهُ لـ«فتاوى قاضيخان» من باب الاستحلاف[1]. ونظرَ فيه الرَّحمتيُّ: بأنَّ المالَ ليس بسببِ النَّسَب، بل المعنى الصَّحيحُ أن يقال: إنَّ الأمرَ الذي بسببه النَّسبُ، وهو مسبَّبٌ عنه، وهو لزومُ الهبة وعدمُ صحَّة الرُّجوع فيها، وهذا يحلفُ مُنكرُه اتِّفاقاً. أمَّا ما قاله الإمامُ من أنَّه لا تحليفَ في النَّسَب، أي: إذا ادَّعى عليه نسباً لقصدِ إثباته، أمَّا هنا فالمقصودُ منه: إثباتُ أمرٍ آخرَ، وهو لزومُ الهبة، فهو المدَّعى في الحقيقة. اهـ. فتأمَّلْ. ومُسبَّب بضمِّ الميم وفتح السين وتشديد الباء الأولى وفتح الثَّانية.

(قوله: وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمَا أَوْ بِحُكْمِ الحَاكِمِ) فلو استردَّها بغير قضاءٍ ولا رضىً؛ كان غاصباً، حتَّى لو هلكتْ في يده يَضمنُ قيمَتَها للموهوب له. شمني. قال قاضيخان: وهبَ ثوباً لرجلٍ، ثم اختلَسه منه فاستهلكَه؛ ضمنَ الواهبُ قيمةَ الثَّوب للموهوب له؛ لأنَّ الرُّجوعَ في الهبة لا يكونُ إلا بقضاءٍ أو رضىً. اهـ[2]. وفيه: الواهبُ إذا رجعَ في هبته في مرض الموهوب له بغير قضاءٍ؛ يُعتبرُ ذلك من جميع مال الموهوب له أو من الثُّلُث، فيه روايتانِ: ذكر ابنُ سماعةَ: في القياس يُعتبرُ من جميع ماله. اهـ[3].

(قوله: لِلاخْتِلَافِ فِيهِ) أي: بين العلماء، فإنَّ بعضَ المجتهدين يقول بعدم الرُّجوع، فهو ضعيفٌ لا يثبتُ حكمُه إلا بأحد المذكورين. وذكرَ في «الحواشي اليعقوبية»: أنَّه لأنَّ

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٤.

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٣.

(٣) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٦.

فيَضمنُ بمنعِه بعد القضاءِ، لا قبلَه. (وَإِذَا رَجَعَ بِأَحَدِهِمَا) بقضاءٍ أو رضىً؛ (كَانَ فَسْخًا)

الشَّافعيَّ يُخالِفُنا. وفيه كلامٌ، وهو أنَّ خلافَه متأخِّرٌ، فكيف يُبنى الحكمُ المتقدِّمُ على ما لم يتحقَّقْ بعدُ!؟ والأَوْلى حملُه على اختلاف الصَّحابة لو ثبتَ. اهـ.

(قوله: فَيَضْمَنُ بِمَنْعِهِ) يعني: لو سألَه ردَّ العين الموهوبةِ بعد قضاء القاضي بصحَّة الرُّجوع فيها، فامتنعَ من تسليمها فهلكتْ؛ لزمَه ضمانُها بمثلها إن كانت مثليَّةً، وإلا فبقيمتها؛ لأنَّه متعدٍّ بالمنع بعد صحَّة الرُّجوع بقضاء القاضي، أمَّا قبل القضاء لو هلكتْ؛ سقطَ الرُّجوعُ بالهلاك، ولا ضمانَ عليه بالمنع؛ لأنَّه غيرُ متعدٍّ؛ لأنَّه إنَّما منعَ ملكَه؛ إذ لم يصحَّ الرُّجوعُ لعدم وجود القضاء ولا رضىً مع المنع، وقد مَلكَها بالهبة، ولا يُعتبرُ قولُه بلسانه: "رضيتُ بردِّها"؛ لأنَّ إمساكَها ينقضُه، لكن قوله: لا يشترطُ فيه قبضُ الواهب يفهمُ منه: أنَّها تتمُّ بقوله: "رضيتُ بردِّها". فليحرَّرْ. أفاده بعضُ الأفاضل. قال ط: وانظرْ ما لو منعَه بعد الرُّجوع بالرِّضى وهلكَ، والظَّاهرُ: أنَّه يضمنُ لوجود التَّعدِّي كمنعه بعد القضاء[1].

أقـول: وهـذا يؤيِّدُ بعضَ ما فهمه بعضُ الأفاضل حيث ضمنَه بالمنع ولم يعدَّه رجوعـًا. تأمَّلْ.

(قوله: بِقَضَاءٍ أَوْ رِضىً) على حذف "أي".

(قوله: كَانَ فَسْخًا) خلافـًا لزُفَر في الرُّجوع بالتَّراضي كما يأتي. «عناية»[2].

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/٤٠٦.

(٢) «العناية»: ٩/٤٦.

لعقدِ الهبة (مِنَ الأَصْلِ، وَإِعَادَةً لِمِلْكِهِ) القديمِ، لا هبةً للواهب، (فَـ) لهذا (لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ قَبْضُ الوَاهِبِ، وَصَحَّ) الرُّجوعُ (فِي الشَّائِعِ) ولو كان هبةً؛ لَمَا صحَّ فيه. (وَلِلْوَاهِبِ رَدُّهُ عَلَى بَائِعِهِ مُطْلَقًا) بقضاءٍ أو رضىً، ....

(قوله: وَإِعَادَةً) بالنَّصب عطفاً على (فسخاً).

(قوله: لَا هِبَةً لِلْوَاهِبِ) أي: كما قال زُفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ بأنَّ الرُّجوعَ بالتَّراضي عقدٌ جديدٌ، فيُجعلُ بمنزلة الهبة المبتدأة. عيني[1]. قال في «البدائع»: ولو وَهبَه الموهوبُ له للواهب قبل القضاء أو الرِّضى وقبله لا يملِكُه حتَّى يقبضَه، فإذا قَبضَه كان بمنزلة الرُّجوع بالتَّراضي أو بقضاءٍ، وليس للموهوب له أن يَرجعَ فيه. اهـ[2].

(قوله: لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ قَبْضُ الوَاهِبِ) والموهوبُ يكون أمانةً في يد الموهوب له، حتَّى لو هلكَ لا يضمنُ. «هنديَّة»[3].

(قوله: وَصَحَّ الرُّجُوعُ فِي الشَّائِعِ) أي: في البعض الشَّائع الذي يَحتملُ القسمةَ، كما إذا وهبَ الدَّارَ ثم رجعَ في نصفها؛ لأنَّ الشُّيوعَ طارئٌ لا أثرَ له فيها. ذكره في «العناية»[4].

(قوله: لَمَا صَحَّ فِيهِ) أي: في الشَّائع، ولا يُشترطُ قبضُ الواهب.

(قوله: وَلِلْوَاهِبِ رَدُّهُ) أي: بالعيب، أي: له بعد الرُّجوع منه ردُّ الموهوب إذا كان اشتراهُ من رجلٍ، ثم بعد الرُّجوع اطَّلعَ على عيبٍ فيه.

(قوله: مُطْلَقًا) حالٌ من رجوع الواهب، أي: لأنَّه فسخٌ مطلقاً بحكم خيار العيب،

(١) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٨٩.

(٢) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١٣٤.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩١.

(٤) «العناية»: ٩/ ٤٦.

(بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالعَيْبِ بَعْدَ القَبْضِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ) لأَنَّ حقَّ المشتري في وصفِ السَّلامة، لا في الفسخ، فافترقا.

يعني: ولم يعلمْ بالعيب قبل الهبة. وصوَّرَه الطَّحطاويُّ: بما لو اشترى شيئاً، ثمَّ باعَه، ثمَّ ردَّ المشتري الثَّاني على الأوَّل بعيبٍ قديمٍ، فإن ردَّه بقضاءٍ؛ كان فسخاً، فيثبتُ حقُّ الردِّ للمشتري الأوَّل على بائعه، وإن كان برضىً لا؛ لأنَّه بمنزلة البيع الجديد[1].

(قوله: بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالعَيْبِ) أي: لو اشترى شيئاً وباعَه، وردَّه المشتري الثَّاني بعد قبضه إيَّاهُ على المشتري الأوَّل بغير قضاءٍ؛ ليس للمشتري الأوَّل أن يَرُدَّه على بائعه كما تقدَّم في بابه؛ لأنَّ حقَّ المشتري في وصف السَّلامة، أي: يُستحقُّ ما اشتراهُ سالماً من العيوب، فحيث وَجدَ به عيباً رفعَ الأمرَ للقاضي، فيطلبُ منه إيصالَه إلى ما يَستحقُّه من وصف السَّلامة، وحيث كان المبيعُ مَعيباً ولم يمكن إيصالُه إلى ما يَستحقُّه؛ يفسخُ القاضي البيعَ، وليس حقُّه في الفسخ، فإذا تَفاسَخا بغير قضاءٍ بل بتراضيهما؛ كان إقالةً، وهي فسخٌ في حقِّ المتعاقدَيْن بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ، والبائعُ الأوَّلُ ثالثُهما في حقِّه، يُفرضُ كأنَّ المشتري الأوَّلَ اشتراهُ من المشتري الثَّاني، فليس له أن يَرُدَّه عليه؛ لأنَّه مشترىً منه، والمشتري لا يردُّ على بائعه بالعيب إذا كان المبيعُ وصلَ إلى البائع من جهته، ولا على البائع الأوَّل؛ لأنَّ المشتري من شخصٍ لا يردُّه على غيره. وإنَّما قال: (بعد القبض)؛ لأنَّ ردَّه قبل القبض فسخٌ مطلقاً، فيردُّه على بائعه كما تقدَّم.

(قوله: لِأَنَّ حَقَّ المُشْتَرِي فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ لَا فِي الفَسْخِ) ولهذا لو زالَ العيبُ؛ امتنعَ الردُّ لوصول حقِّه إليه، وإذا لم يكن سليماً فاتَ رضاهُ، فيرجعُ بالعِوَض، ويلزمُ منه

(1) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٦.

ثمَّ مرادُهم بالفسخ من الأصل: أن لا يَترتَّبَ على العقد أثرٌ في المستقبل، لا بطلانُ أثرِه أصلاً، وإلا لعادَ المنفصلُ إلى ملك الواهب برُجُوعه. «فصولين».

فسخُ العقد ضرورةً من غير أن يثبتَ حقُّه في الفسخ، فإذا لم يكن له حقُّ الفسخ؛ لم يَصِرْ مُستوفياً حقَّه، فيكون ملكاً مبتدأً ضرورةً، غير أنَّه إذا حكمَ الحاكمُ بالردِّ عند عجزِه عن تسليم حقِّه؛ جعلْناهُ فسخاً لعموم ولايته، ولا كذلك المتعاقدانِ؛ لأنَّه لا ولايةَ لهما إلا على أنفسهما، بخلاف الهبة، فإنَّها تَنعقدُ موجبةً حقَّ الفسخ، وهو بالفسخ يكون مُستوفياً حقّاً ثابتاً له بالعقد؛ لأنَّ العقدَ وقع غيرَ لازمٍ، فإن رُفِعَ رجعَ إليه عينُ ملكه كالعارية، فيكون فسخاً في حقِّ الكلِّ، فلا يمكن أن يجعلَ هبةً مبتدأةً. اهـ «منح» بتصرُّفٍ. وبهذا ظهرَ قولُ المؤلف: (فافترقا). ط[1].

(قوله: لا بُطْلَانُ أَثَرِهِ أَصْلاً) أي: فيما مضى.

(قوله: وَإِلَّا لَعَادَ المُنْفَصِلُ) أي: المتولِّدُ من الموهوب، أي: ولو قلنا ببُطْلان أثره في الماضي؛ لأوجَبْنا ردَّ الزَّوائد المنفصلة من الولد والثَّمَر والأرش التي وُجدتْ عند الموهوب له، مع أنَّه لا يثبتُ للواهب الرُّجوعُ فيها، ولأوجَبْنا عليه زكاةَ ماله الموهوب إذا رجعَ فيه لِمَا مضى من السِّنين، مع أنَّه لا يجبُ عليه كما سلفَ. والحاصلُ: أنَّه لو كانت الهبةُ أَمَةً مثلاً، فقَبضَها الموهوبُ لو ووَطِئَها واستولَدَها وجنيَ عليها، فقبضَ أرشَها ووَطئَها غيرُه، فأخذَ عُقرَها، ثمَّ رجعَ عليه الواهب بقضاءٍ أو رضىً؛ امتنعَ عليه وطؤها والتَّصرُّفُ بوجهٍ من الوجوه بعد الفسخ، وما أخذَه من الأرش والعُقر يطيبُ له؛ لأنَّه نماءُ ملكه، والولدُ ولدُه، والواهبُ إنَّما يأخذُ الأمةَ فقط، وهذا معنى عدم ترتُّبِ الأثر في المستقبل، لا فيما مضى.

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٦.

(اتَّفَقَا) الواهبُ والموهوبُ له (عَلَى الرُّجُوعِ فِي مَوْضِعٍ لا يَصِحُّ) رُجوعُه من المواضع السَّبعة السَّابقة (كَالهِبَةِ لِقَرَابَتِهِ؛ جَازَ) هذا الاتِّفاقُ منهما. «جوهرة»[1]. وفي «المجتبى»: لا تجوزُ الإقالةُ في الهبة والصَّدقةِ في المحارم إلا بالقبض؛.........................

(قوله: مِنَ المَوَاضِعِ السَّبْعَةِ) لا يظهرُ في الموت؛ لأنَّ الاتِّفاقَ حينئذٍ من الوارث، والباقي أحدُ العاقدين، ويكون الرُّجوعُ في العِوَض بالترادِّ، وفي الهلاك بردِّ البدل.

(قوله: جَازَ هَذَا الاتِّفَاقُ مِنْهُمَا) أي: على أنَّه هبةٌ مبتدأةٌ كما بيَّنَتْه عبارةُ «المجتبى»، فيُشترطُ فيه ما يُشترطُ في الهبة مما تقدَّم في الشُّروط. ونقلَ المصنِّفُ في آخر الفصل عن «المحيط»: رجلٌ تصدَّقَ بصدقةٍ فسلَّمَها إليه، ثم تَقايَلا الصَّدقةَ؛ لم يجزْ حتَّى تقبضَ؛ لأنَّها هبةٌ مستقلَّةٌ مستأنفةٌ؛ لأنَّه لا رجوعَ فيها، وكذا الهبةُ إذا كانت لذي رَحمٍ مَحرمٍ. اهـ[2]. والحاصلُ: أنَّه تصحُّ الإقالةُ في الهبة والصَّدقةُ في المحارم بالقبض، مع أنَّه وُجِدَ فيها ما يمنعُ من الرُّجوع، ومع ذلك جازَ بتراضيهما؛ لأنا جعلناهُ هبةً مبتدأةً، ولذا شُرطَ فيها ما يُشترطُ للهبة، وحينئذٍ فلا يظهرُ ما توقَّفَ به الطَّحطاويُّ.

(قوله: فِي المَحَارِمِ) ظاهرُ تقييده بالمحارم يفيدُ أنَّ القبضَ لا يُشترطُ في غيرهم، وفي «شرح المصنِّف»: وأطلقَ أبو يوسفَ في روايةِ ابن سماعةَ خلافَه: تصدَّقَ وسلَّمَ، ثمَّ استَقالَه فأقالَه؛ لم يجزْ حتَّى يقبضَ. اهـ. وهذا يفيدُ ما ذكرنا. ثمَّ فائدةُ التَّقييد بالقبض: أنَّه لو لم يقبِضْه وتصرَّفَ فيه الموهوبُ له؛ صحَّ تصرُّفُه، ونظيرُه يقال فيما بعده. ط[3].

---

(١) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٣١.

(٢) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٥٣٢.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٦- ٤٠٧.

لأنَّها هبةٌ[1]. ثمَّ قال: وكلُّ شيءٍ يفسَخُه الحاكمُ إذا اختصَما إليه؛ فهذا حُكمُه، ولو وهبَ الدَّينَ لطفلِ المديون لم يجزْ؛ لأنَّه غيرُ مقبوضٍ[2]. وفي «الدُّرَر»: قُضي ببُطلانِ الرُّجوعِ لمانعٍ، ....

(قوله: لِأَنَّهَا) أي: الإقالةَ (هِبَةٌ) أي: مستقلَّةٌ.

(قوله: وَكُلُّ شَيْءٍ يَفْسَخُهُ الحَاكِمُ إِذَا اخْتَصَمَا إِلَيْهِ فَهَذَا حُكْمُهُ) أي: يَفتقرُ للقبض، لكن الذي نحن فيه عدمُ فسخ القاضي، والظَّاهرُ: أنَّ لفظةَ "لا" ساقطةٌ، وأصلُ الكلام: وكلُّ شيءٍ لا يفسخُه الحاكمُ كما هو الواقعُ في «الخانيَّة»، وبه يظهرُ المعنى، ويكون المرادُ منه: تعميمَ المحارم وغيرهم مما لا رجوعَ في هبتهم، وسيجيءُ أنَّ المعتمدَ الصحَّةُ. ويمكن أن يرادَ بقوله: (وكلُّ شيءٍ يفسخُه الحاكمُ... إلخ) أي: إنَّ الهبةَ للمحارم والصَّدقةَ مطلقاً إذا رُفعتْ للحاكم، وأراد صاحِبُها الرُّجوعَ فيها؛ يفسخُ دعواهُ الحاكمُ، بمعنى: أنَّه يبطِلُها ويحكمُ عليه بعدم صحَّتها، فإن اتَّفقا عليها كانت هبةً مبتدأةً، فيُشترطُ لها شروطُ الهبة، وكذا كلُّ ما كان فيها مانعٌ من موانع الرُّجوع. فتأمَّلْ.

(قوله: لِأَنَّهُ غَيْرُ مَقْبُوضٍ) لأنَّ هبةَ الدَّين من غير مَنْ عليه الدَّينُ لا تجوزُ إلا بأنَّ يُسلِّطَه على قبضه، والصَّغيرُ لا قبضَ له إلا بقبض وليِّه، وهو مَنْ عليه الدَّينُ، فلا يوجد القبضُ. لكن سيجيءُ: أنَّ المعتمدَ الصحَّةُ، ويفهمُ منه: جوازُ عكسه، وهو هبةُ الأب دَيْناً على طفله؛ لأنَّه مقبوضٌ للأب إذا كان للطِّفل مالٌ في يده.

(قوله: قُضِيَ بِبُطْلَانِ الرُّجُوعِ لِمَانِعٍ) نقلَه صاحبُ «الدُّرَر» من «المحيط»[3]، وهكذا

---

(١) «المجتبى»: ٣/ ٤٣١ عن «جمع التفاريق».

(٢) «المجتبى»: ٣/ ٤٣١ عن «المحيط».

(٣) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٤٩، «درر الحكام»: ٢/ ٢٢٤.

ثمَّ زالَ المانعُ؛ عادَ الرُّجوعُ.

في «الذَّخيرة» و«الخانيَّة». وذكرَ في «التَّبيين» وغيره: أنَّ الموهوبَ لو وَصِيفًا، فشبَّ عند الموهوب له وكبرَ وطالَ، ثمَّ صارَ شيخًا، فقلَّتْ قيمتُه؛ لم يَرجعْ فيه[1]، وعلى هذا جميعُ الحيوان. وعلَّلَ بأنَّه زادَ من وجهٍ وانتقصَ من وجهٍ آخرَ، وحين زادَ سقطَ حقُّ الرُّجوع، فلا يعودُ. وأنت خبيرٌ بأنَّه بين هذا وبين ما ذكرَ صاحبُ الذَّات لم يعدْ إلى حاله الأوَّل، ولكن ذكرَ النَّاطفيُّ في «أجناسه»: أنَّه يَرجعُ، ولعلَّ وجهَه: أنَّ الذَّاتَ بعد زوال الزِّيادة هو الذَّاتُ الأوَّلُ.

(قوله: ثُمَّ زَالَ المَانِعُ) مبنيٌّ على ما قدَّمَه في «الخانية»، واعتمده القهستانيُّ، لكن في كلامه هناك إشارةٌ إلى اعتماد خلافه.

قلتُ: ولا يخفى ما في إطلاق «الدُّرر»[2]، فإنَّ المانعَ قد يكون خروجَ الهبة من ملكه ثمَّ تعودُ بسببٍ جديدٍ، وقد يكون للزَّوجيَّة ثم تزولُ، وفي ذلك لا يعودُ الرُّجوعُ كما صرَّحوا به. نعم، صرَّحوا فيما إذا بنى في الدَّار ثمَّ هدمَ البناءَ، وفيما إذا وَهبَها لآخرَ ثمَّ رجعَ، ولعلَّ المرادَ: زوالُ المانع العارض، فالزَّوجيَّةُ وإن زالتْ، لكنَّها مانعٌ من الأصل، والعودُ بسببٍ جديدٍ بمنزلة تجدُّدِ ملكٍ حادثٍ من جهة غير الواهب، فصارتْ بمنزلة عينٍ أخرى غيرِ الموهوبة، بخلافِ ما إذا عادتْ إليه بما هو فسخٌ. هذا ما ظهرَ لي، فتدبَّرْه. أفاده سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللَّهُ[3]. وكتبَ الطَّحطاويُّ: لا يظهرُ في الزَّوجيَّة والقرابةِ وهلاكِ العين والموت والعوض؛ لأنَّه بيعٌ انتهاءً، وأمَّا الخروجُ عن الملك؛ فيزولُ إذا عادَ إليه بفسخٍ.

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ٩٩.

(٢) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢٤.

(٣) «رد المحتار»: ١٤/ ٦١٢- ٦١٣.

(تَلِفَتِ) العينُ (المَوْهُوبَةُ، وَاسْتَحَقَّهَا مُسْتَحِقٌّ، وَضَمَّنَ) المستحِقُّ (المَوْهُوبَ لَهُ؛ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الوَاهِبِ بِمَا ضَمِنَ) لأنَّها عقدُ تبرُّعٍ، فلا يُستحقُّ فيه السَّلامةُ.

تأمَّلْ. انتهى(1). والحاصلُ: أنَّ ما يمكنُ زوالُه من الموانع السَّبعة: الزَّوجيَّةُ، والزِّيادةُ، والعوضُ، والخروجُ عن ملكه، فبزوال الزَّوجيَّة لا يعودُ الرُّجوعُ، وبزوال الثَّلاثة الباقية يعودُ الرُّجوعُ على ما فيه من التَّفصيل.

(قوله: وَضَمَّنَ المُسْتَحِقُّ المَوْهُوبَ) (ضمَّنَ) بتشديد الميم فعلٌ ماضٍ، و(المستحقُّ) فاعله، و(الموهوبَ) مفعولُه.

(قوله: لِأَنَّهَا عَقْدُ تَبَرُّعٍ) أي: وهو غيرُ عاملٍ له.

(قوله: فَلَا يُسْتَحَقُّ فِيهِ السَّلَامَةُ) أي: في عقد التَّبرُّع، وهكذا حالُ المستعير، بخلاف عقد المعاوضة؛ لأنَّ عقودَ المعاوضات يثبتُ فيها الغرورُ، فللمشتري الرُّجوعُ على بائعه، وكذا بكلِّ عقدٍ يكون للدَّافع، كالوديعة والإجارة إذا هلكتِ الوديعةُ أو العينُ المستأجرةُ، ثمَّ جاء رجلٌ واستَحقَّ الوديعةَ والمستأجرةَ، وضمنَ المودعُ والمستأجرُ، فإنَّهما يَرجعانِ على الدَّافع بما ضَمِنا، وكذا كلُّ ما كان في معناهما. والحاصلُ: أنَّ المغرورَ يرجعُ بأحد أمرين: إمَّا بعقد المعاوضة، أو بعقدٍ يكون للدَّافع كما في «المنح»(2)، وقد انتفى الثَّاني هنا كما قال؛ لأنَّ قبضَ المستعير والمتَّهب كان لنفسه. وقد عقدَ في «الخانيَّة» فصلاً لمسائل الغرور من البيع، فراجعْه. وذكر في «الذَّخيرة»: أنَّ الواهبَ لو ضمنَ سلامةَ الموهوب للموهوب له نصّاً يرجعُ على الواهب.

---

(1) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٧.

(2) «منح الغفار»: ق٥٣٢/آ فيض الله.

(وَالإِعَارَةُ كَالهِبَةِ) هنا؛ لأنَّ قبضَ المستعير كان لنفسِه، ولا غُرورَ لعدمِ العقد. وتمامُه في «العماديَّة»[1].

(وَإِذَا وَقَعَتِ الهِبَةُ بِشَرْطِ العِوَضِ المُعَيَّنِ؛ فَهِيَ هِبَةٌ ابْتِدَاءً، فَيُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ فِي العِوَضَيْنِ، وَيَبْطُلُ) العوضُ (بِالشُّيُوعِ) فيما يُقسمُ، (بَيْعٌ انْتِهَاءً، ....

(قوله: وَلَا غُرُورَ) أي: موجِبٌ للضَّمان؛ لأنَّه يكون مُوجباً بأحد أمرين، وقد انتفيا هنا، وكان حقُّ العبارة أن يقول: ولا غُرورَ لأنَّ قبضَ المستعير... إلخ؛ لأنَّ الغرورَ إنَّما يكون مُعتبراً بقبضه للدَّافع أو بعقد المعاوضة.

(قوله: لِعَدَمِ العَقْدِ) أي: عقد المعاوضة، وإلا فالإعارةُ والهبةُ لا بُدَّ فيهما من عقدٍ.

(قوله: فَيُشْتَرَطُ التَّقَابُضُ) أي: في المجلس مطلقاً، أو بعده بإذنه. مسكين[2]. ولا يثبتُ بها الملكُ قبل القبض، ولكلِّ واحدٍ أن يمتنعَ من التَّسليم، وكذا لو قبضَ أحدُهما فقط؛ فلكلٍّ الرُّجوعُ، القابضُ وغيرُه سواءٌ كما في «غاية البيان».

(قوله: فِي العِوَضَيْنِ) أي: في العين الموهوبة والعِوضِ عنها، أمَّا إذا كان العوضُ غيرَ مشروطٍ؛ فهي هبةٌ ابتداءً وانتهاءً، فلا يثبتُ لها أحكامُ البيع وإن امتنعَ الرُّجوعُ، حيث قال له: "خُذْه عِوضَ هبتك" ونحوه.

(قوله: وَيَبْطُلُ العِوَضُ بِالشُّيُوعِ فِيمَا يُقْسَمُ) هو مبنيٌّ على اشتراط التَّقابض؛ لأنَّ القبضَ لا يتمُّ مع الشُّيوع فيما يُقسمُ.

(قوله: بَيْعٌ انْتِهَاءً) أي: إذا اتَّصلَ القبضُ بالعوضين. «غاية البيان». وهذا عندنا، وعند زُفَر والشَّافعيِّ: بيعٌ ابتداءً وانتهاءً؛ لأنَّ العبرةَ للمعاني. ولنا: إنَّه اشتَملَ على جهتين،

(١) «فصول الأحكام»: الفصل الخامس عشر: ق٩٦/ ب فيض الله.

(٢) «شرح كنز الدقائق» لملا مسكين: ص٢٣٨.

فيُجمعُ بينهما ما أمكنَ عملاً بالشَّبَهين. وتمامُه في «الدُّرر»[1]. وفي المقدسيِّ: والعبرةُ للمعاني، كالكفالة بشرطِ براءة الأصيل حوالةٌ، وعكسه كفالةٌ، وبيعُ عبدٍ لنفسه عتقٌ، وهبةٌ تقعُ ببدلٍ إجارةٌ، وهبةُ امرأةٍ لزوجها نكاحٌ، وعكسه طلاقٌ. قلنا: ما اشتملَ على جهتينِ يجب الجمعُ بينهما ما أمكنَ توفيراً على الشَّبَهين حظَّهما، كالإقالة بيعٌ وفسخٌ، وأمكن الجمعُ هنا باعتبار الهبةِ ابتداءً والبيعِ انتهاءً، ولا تنافيَ بين حكمَيْهما؛ إذ البيعُ بتراخي حكمُه بشرط الخيار، والهبةُ تلزمُ بمانعٍ، وهبةُ المريض بطلتْ بالشُّيوع وبعدم القبض، واعتُبرتْ وصيَّةً من الثُّلُث بعد الدَّين رعايةً للشَّبَهين، وقد يترتَّبُ الملكُ على الهبة، فلا فصلَ كما لو كانتْ في يد الموهوب له، فلم يكن عدمُ اللُّزوم وعدمُ التَّرتيب من لوازمها. على أنَّ المستحيلَ الجمعُ في حالةٍ واحدةٍ لا في الابتداء أو الانتهاء، بخلاف ما استشهدَ به؛ لتعذُّرِ الجمع لتضادِّ الحكمين، فلغا جانبُ اللَّفْظ. اهـ. وفي «الشُّرنبلاليَّة» عن البرجنديِّ: إنَّه يصحُّ العوضُ ولو كان أقلَّ منها وهو من جنسِها، ولا ربا فيه. انتهى[2]. ولا تحالُفَ لو اختَلَفا في قَدْر العوض؛ لِمَا في المقدسيِّ عن «الذَّخيرة»: اتَّفَقا على أنَّ الهبةَ بعوضٍ، واختلفا في قَدْره ولم يقبضْ، والهبةُ قائمةٌ؛ خُيِّرَ الواهبُ بين تصديق الموهوب له، أو الرُّجوعِ في الهبة، أو بقيمتها لو هالكةً. ولو اختَلَفا في أصل العوض؛ فالقولُ للموهوب له في إنكاره، وللواهب الرُّجوعُ لو قائماً، ولو مُستهلكاً فلا شيءَ له، ولو أراد الرُّجوعَ فقال: أنا أخوكَ أو عوَّضْتُك أو إنَّما تصدَّقتَ بها؛ فالقولُ للواهب استحساناً. اهـ ملخَّصاً[3].

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢٤.

(٢) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٢٤ (بهامش درر الحكام).

(٣) «الذخيرة البرهانية»: ٩/ ١٥٤.

فَتُرَدُّ بِالعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّؤْيَةِ، وَتُؤْخَذُ بِالشُّفْعَةِ) هذا إذا قال: "وهبتُكَ على أن تُعوِّضَني كذا"، أمَّا لو قال: "وهبتُكَ بكذا"؛ فهو بيعٌ ابتداءً وانتهاءً. وقيَّدَ العوض بكونه مُعيَّناً؛ لأنه لو كان مجهولاً بطلَ اشتراطُه، فيكون هبةً ابتداءً وانتهاءً.

فرعٌ: وهبَ الواقفُ أرضاً شرطَ استبدالَه بلا شرطِ عِوَضٍ؛ لم يجزْ، ....

(**قوله: فَتُرَدُّ بِالعَيْبِ**) أي: في العوض والمعوَّض، أي: يردُّ كلُّ واحدٍ من العوضين. هذا هو الأوجهُ من الإرجاع إلى الهبة والتَّعميم، وكذا يردُّ كلٌّ منهما بخيار الرُّؤية، ويرجعُ في الاستحقاق على صاحبه بما في يده لو قائماً، وبمثله أو قيمته لو هالكاً كما في «المنبع».

(**قوله: "عَلَى أَنْ تُعَوِّضَنِي"**) لأنَّ "على" للشَّرْط.

(**قوله: "وَهَبْتُكَ بِكَذَا"**) لأنَّ الباءَ للمقابلة، والمالُ المقابلُ بالمال بيعٌ.

(**قوله: فَهُوَ بَيْعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً**) فيثبتُ لكلٍّ منهما الملكُ في حقِّه، ولا يمتنعانِ من التَّسليم، ولا يُشترطُ قبضٌ، ولا يضرُّه شيوعٌ.

(**قوله: بَطَلَ اشْتِرَاطُهُ**) أي: والهبةُ لا تبطلُ به.

(**قوله: فَيَكُونُ**) أي: المقبوضُ من الهبة وعِوضِها إذا دفعَ.

(**قوله: وَهَبَ الوَاقِفُ أَرْضاً بِشَرْطِ اسْتِبْدَالِهِ**) في «البحر» نقلاً عن «القاضي[1] الجامع بين وقف هلال والخصَّاف»: ولو وهبَ الواقفُ الأرضَ التي شرطَ الاستبدالُ به، ولم يَشترطْ عِوَضاً؛ لم يجزْ، وإنْ شرطَ عِوَضاً؛ فهو كالبيع. اهـ[2]. فقولُه: (بشرط) متعلِّقٌ

(١) كذا في بولاق، ولعل الصواب: (الناصحي) كما في «البحر» وكما هو المشهورُ، وإن كان قاضياً أيضاً.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٥.

وإن شرطَ؛ كان كبيعٍ. ذكرَه النَّاصحيُّ. وفي «المجمع»: وأجازَ محمدٌ هبةَ مال طفله بشرطِ عِوضٍ مساوٍ، ومَنَعاهُ[1].

قلتُ: فيُحتاجُ على قولهما إلى الفرقِ بين الوقف ومال الصَّغير. انتهى. والله أعلمُ.

بالواقف، وقولُه: (بلا شرط) متعلِّقٌ بـ(وهب)، وأعادَ الضَّميرَ مذكَّراً على الأرض لتأويلها بالوقف أو العقار.

(قوله: وَإِنْ شَرَطَ... إلخ) ظاهرُه: أنَّه يصحُّ ولو كان البدلُ دراهمَ أو دنانيرَ، وقد تقدَّم في الوقف: أنَّه لا بُدَّ أن يكون البدلُ عقاراً. وتقدَّم الكلامُ فيه، فارجعْ إليه.

(قوله: بِشَرْطِ عِوَضٍ مُسَاوٍ) أي: لقيمة مال الصَّغير، وبالأَوْلى إذا كان زائداً عليه.

(قوله: بَيْنَ الوَقْفِ) أي: الذي شرطَ استبدالُه حيث أجازه بشرط العوض.

(قوله: وَمَالِ الصَّغِيرِ) حيث لم يجوِّزاهُ مطلقاً. قال الرَّمليُّ: يُفرَّقُ بينهما: بأنَّ الواقفَ لَمَّا شرطَ الاستبدالَ، وهو يحصلُ بكلِّ عقدٍ يفيدُ المعاوضةَ؛ كانت الهبةُ بشرط العِوَض داخلةً في شرطه، بخلاف هبة الأب مالَ ابنه الصَّغير، أي: فإنَّها تبرُّعٌ ابتداءً، وهو ممنوعٌ عن مطلق التَّبرُّع في ماله. انتهى[2].

أقول: وقد يقال: إنَّ المقصودَ من الاستبدال: المنفعةُ في البدل، لا في نفس الاستبدال، وأمَّا مالُ الصَّغير؛ فيُشترطُ في نفس العقد عليه ظهورُ المنفعة؛ لأنَّه عقدُ تجارةٍ، أو إنَّ الوقفَ من المستبدل، فهو مِلكُه في الجملة، بخلاف ملكِ ابنه. فلعلَّ أحدَ هذين الفرقين على قولهما الذي طلبَه الشَّارحُ؛ لأنَّ الواقفَ له شائبةُ ملكٍ حيث شرطَ الاستبدالَ، لا سيَّما على قول الإمام، بخلاف مالِ الطِّفل؛ إذ لا مِلْكَ فيه ولا شائبةَ ملكٍ، فافترقا. وهذا

---

(١) «مجمع البحرين»: ص٤٦٢.

(٢) «لوائح الأنوار»: ق٧٥/آ- ب ولي الدين.

(فَصْلٌ فِي مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ)

(وَهَبَ أَمَةً إِلَّا حَمْلَهَا وَعَلَى أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ، أَوْ يُعْتِقَهَا، أَوْ يَسْتَوْلِدَهَا، أَوْ) وهبَ (دَاراً عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا) ....

كلُّه إذا كان ما نقلَه النَّاصحيُّ على قول الإمام والصَّاحبين، ويمكن أن يكون مشى على قول الإمام، وإنَّهما يخالفانِ في الوقف كمال الصَّغير، فلا يحتاجانِ للفرق، فليراجعْ مذهَبُهما في ذلك. واللهُ تعالى أعلمُ، وأستغفرُ اللهَ العظيمَ.

(فَصْلٌ فِي مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ)

لَمَّا كانت المسائلُ المذكورةُ في هذا الفصل متعلِّقةً بالهبة؛ ذكرَها في فصلٍ على حدةٍ. «عناية»[1]. وأشارَ بقوله: (مسائل متفرقة) إلى أنَّ الأَوْلى ترجمتُه بذلك.

(قوله: وَهَبَ أَمَةً إِلَّا حَمْلَهَا) اعلم أنَّ استثناءَ الحمل ينقسمُ إلى ثلاثةِ أقسامٍ: في قسمٍ يجوزُ التَّصرُّفُ ويبطلُ الاستثناءُ، كالهبة والنِّكاح والخلع والصُّلْح عن دم العمد، وفي قسمٍ لا يجوزُ أصلُ التَّصرُّف، كالبيع والإجارة والرَّهن؛ لأنَّ هذه العقودَ تبطلُ بالشُّروط، وكذا باستثناء الحمل، وفي قسمٍ يجوزُ التَّصرُّفُ والاستثناءُ جميعًا، كالوصيَّة؛ لأنَّ إفرادَ الحمل بالوصيَّة جائزٌ، فكذا استثناؤه. «يعقوبيَّة». وباقي التَّفصيل في «البيانيَّة» للعينيِّ.

(قولـه: أَوْ عَلَـى أَنْ يَرُدَّهَا عَلَيْـهِ) أي: بعد حينٍ، وقولُه: (أو يستولدها) أي: يتَّخذها أمَّ ولدٍ.

(قوله: عَلَى أَنْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنْهَا) أي: أو كرمًا على أن يُنفقَ عليه من ثمرته كما في «الخانيَّة»، وهو متعلِّقٌ بـ(وهب) أو (تصدَّق) على سبيل البدل.

---

(١) «العناية»: ٩/ ٥٠.

ولو مُعيَّنًا كثُلُث الدَّار أو رُبعِها، (أَوْ عَلَى أَنْ يُعَوِّضَ فِي الهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ شَيْئًا عَنْهَا؛ صَحَّت) الهبةُ ....

(قوله: وَلَوْ مُعَيَّنًا) أشارَ به إلى أنَّه لا فرقَ في التَّعويض ببعض الموهوب بين المجهول والمعلوم؛ لأنَّ الفسادَ ليس من جهة الجهالة، بل من جهة كونه بعضَ الموهوب.

(قوله: أَوْ عَلَى أَنْ يُعَوِّضَ فِي الهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ شَيْئًا مِنْهَا) أي: شيئًا مجهولاً. ح. وقيَّد بقوله: (منها)، فلو من غيرها أفسدَها، قال في «الخانية»: وَهبَه أرضًا وشرطَ عليه أن يُنفقَ عليه من الخارج؛ فهي فاسدةٌ، وقال في الصُّرَّة: العوضُ المجهولُ إذا كان من غير عينِ الموهوب يفسدُ الهبةَ، وتقدَّم لنا أنَّ الفاسدةَ مضمونةٌ، وشرطوا لفسادها أن يكون الشَّرطُ في العقد لا بعدُ، وحينئذٍ فالأَوْلى مجازاةُ نقوط الأفراح، بل ربَّما على عُرفَ مَنْ يجعلُه كالقرض يجب كما تقدَّم، وفي بعض النسخ: (بل أكثرها عنها) بدل (منها).

(قوله: صَحَّتِ الهِبَةُ) في الصُّور كلِّها؛ لأنَّها لا تبطلُ بالشُّروط الفاسدة. «درر»[1]. قال شيخُ الإسلام: أي: التي تفسدُ البيعَ مع كونها غيرَ آيلةٍ إلى الهبة بشرط العِوَض كما يظهرُ ذلك في «فتاوى قاضي خان» وغيره، وذلك كهبةِ مَهرِها بشرط أن يَحجَّ بها، أو يُحسنَ إليها، أو يقطعَ لها في كلِّ حولٍ ثوبًا مرَّتينِ، فجعلوا اشتراطَ نفقةِ الحجِّ والإحسان إليها وقطع الثَّوب بمنزلة شرط العِوَض، بل جعلَ بعضُ المشايخ شرطَ تركِ ظلمها في هبتِها مهرَها أو شرط المكثِ معها مثلَه في الحكم، فحكموا ببُطْلان هبتها إذا ظَلَمَها أو لم يمكثْ معها، وهو المختارُ. وكأنَّه لانتفاعها بهما؛ لشَبَهِهما بالعِوَض في الجملة وإن لم يكونا عوضَيْن حقيقةً، فكأنَّهم عملوا فيه بالشَّبَهين، فأفسدوا الهبةَ متى لم يحصلِ المشروطُ للواهب لشبهِه بالعوض، فإنَّه لا تتمُّ الهبةُ إذا لم يحصلِ العوضُ، وصحَّحوها متى حصلَ

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢٥.

(وَبَطَلَ الاِسْتِثْنَاءُ) في الصُّورة الأولى، (وَ) بطلَ (الشَّرْطُ) في الصُّوَر الباقية؛..........

النَّفعُ المشروط، وإن كان مجهولاً جهالةً فاحشةً كتركِ الظُّلم المجهول لجهالة مدَّته؛ لأنَّه ليس بعِوضٍ حقيقةً، وهذا بخلاف الشُّروط المذكورة في الكتاب. وأمَّا إذا شرطَ عوضاً مجهولاً جهالةً فاحشةً، كما إذا شرطَ أن يُنفقَ على الواهب ما يخرجُ من الأرض القراحِ الموهوبة؛ فالهبةُ فاسدةٌ مطلقاً كما صرَّحوا به، والظَّاهرُ: أنَّ الفسادَ لكونه تعليقَ الهبة بالخطر؛ إذ الخروجُ موهومٌ. هذا ما فهمتُ من كتب الفتاوى. كذا ذكره جوي زاده. وسيأتي تمامُه آخرَ الفصل.

(قوله: وَبَطَلَ الاِسْتِثْنَاءُ فِي الصُّورَةِ الأُولَى) لأنَّ الاستثناءَ لا يعملُ إلا في محلٍّ يعملُ فيه العقدُ، والهبةُ لا تعملُ في الحمل؛ لكونه وصفاً للجارية، فانقلبَ شرطاً فاسداً، والهبةُ لا تبطلُ بالشُّروط الفاسدة. وقد أوسعَ الكلامَ على الحمل الأتقانيُّ، ونقله الشلبيُّ عنه[(١)]، فراجعْه إن شئتَ. ط[(٢)]. وفي «البحر»: وكذا الحكمُ في كلِّ معاوضةِ مالٍ بغير مالٍ كالنِّكاح والخلع والصُّلح عن دم عمدٍ والصَّدقةِ والعتق، بخلاف المعاوضات الماليَّة كالبيع والإجارة والرَّهن والكتابة؛ لأنَّه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نهى عن بيعٍ وشرطٍ[(٣)]، وبخلاف الوصيَّة حيث تجوزُ في الأمِّ دون الحمل، وفي الحمل دون الأمِّ؛ لأنَّ بابَها أوسعُ. ولو أعتقَ حملَها ثمَّ وَهبَها؛ صحَّ؛ لأنَّ الجنينَ غيرُ مملوكٍ له، فاشتغالُ بطنها به لا يوجبُ الفسادَ، بخلاف ما إذا دبَّر الحملَ ثمَّ وَهبها حيث لا تجوز الهبةُ؛ لأنَّ مِلكَه فيه باقٍ، فكانت هبةَ مشغولٍ، بخلاف الأوَّل. اهـ[(٤)]. ويأتي قريباً.

(١) «حاشية الشلبي على تبيين الحقائق»: ٥/ ١٠٠.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٧.

(٣) تقدم تخريجه: ١٢/ ١١٠.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٦ بتصرف.

لأنَّه بعضٌ أو مجهولٌ، والهبةُ لا تَبطلُ بالشُّروط، ولا تنسَ ما مرَّ ....

(قوله: لِأَنَّهُ بَعْضٌ) وقد مرَّ أنَّه يُشترطُ أن لا يكون العوضُ بعضَ الموهوب، وهو تعليلٌ لقوله: (على أن يردَّ شيئاً منها).

(قوله: أَوْ مَجْهُولٌ) تعليلٌ لقوله: (على أن يُعوِّضَ في الهبة والصَّدقة شيئاً عنها)، ولا يشملُ الثَّلاثَ التي بعد الأولى، فالأَوْلى تعليلُ «الهداية»: بأنَّ هذه الشُّروطَ تُخالفُ مقتضى العقد، فكانت فاسدةً، والهبةُ لا تبطلُ بها[1]. إلا أن يقال: قولُه: (والهبةُ لا تبطلُ بالشُّروط) من تتمَّةِ التَّعليل.

(قوله: بِالشُّرُوطِ) أي: الفاسدة.

(قوله: وَلَا تَنْسَ مَا مَرَّ) أي: فجهالتُه مُفسدةٌ، قال في «السراج»: والأصلُ في هذا: أنَّ كلَّ عقدٍ من شرطِه القبضُ؛ فإنَّ الشَّرطَ لا يُفسِدُه كالهبة والرَّهن. انتهى. ونبَّه الشَّارحُ بقوله: (ولا تنسَ) إشارةً إلى دفعِ ما قاله الزيلعيُّ ـ تبعاً «للنِّهاية» ـ من أنَّ قولَه: (أو على أن يعوِّضَ... إلخ) فيه إشكالٌ؛ لأنَّه إن أرادَ به: الهبةَ بشرط العوض؛ فهي والشَّرطُ جائزانِ، فلا يستقيمُ قولُه: (بطل الشَّرطُ)، وإن أرادَ به: أن يُعوِّضَه عنها شيئاً من العين الموهوبة؛ فهو تكرارٌ محضٌ؛ لأنَّه ذكرَه بقوله: (على أن يردَّ عليه شيئاً منها). اهـ[2]. وحاصلُ الدَّفع: إنَّ المرادَ الأوَّلُ، وإنَّما بطلَ الشَّرطُ لجهالة العوض. كذا أفاده في «البحر»[3]. ثمَّ رأيتُ صدرَ الشَّريعة صرَّح به، فقال: مرادُهم ما إذا كان العِوضُ مجهولاً، وإنَّما يصحُّ العوضُ إذا كان معلوماً. انتهى[4].

---

(١) «الهداية»: ٣/ ٢٢٨.

(٢) «تبيين الحقائق»: ٥/ ١٠٣- ١٠٤.

(٣) «شرح الوقاية»: ٤/ ٢٧٣.

(٤) «جامع الفصولين»: الفصل الحادي والثلاثين: ٢/ ٦٣.

أقول: وتابَعَ صدرَ الشَّريعة صاحبُ «الدُّرر» حيث قال: واعترضَ الزَّيلعيُّ على قولهم: أو يعوِّضه شيئاً منها: بأنَّ المرادَ: إمَّا الهبةُ بشرط العوض، فهي والشَّرطُ جائزانِ، فلا يستقيمُ قولُه: (بطل الشَّرطُ)، وإن أرادَ به: أن يُعوِّضَه عنها شيئاً من العين الموهوبة؛ فهو تكرارٌ محضٌ؛ لأنَّه ذكرَه بقوله: (على أن يردَّ عليه شيئاً منها). أقول: المختارُ الشقُّ الأوَّلُ، وقولُه: فهي والشَّرطُ جائزان ممنوعٌ، وإنَّما يجوزُ إذا كان العِوَضُ معلوماً[1]. وأجاب العينيُّ: بأنَّ قولَه: (على أن يردَّ شيئاً منها) لا يستلزمُ أن يكون عِوَضاً؛ لأنَّ كونَه عوضاً إنَّما هو بألفاظٍ مخصوصةٍ، فيجوز أن يكون ردّاً ولا يكون عِوضاً، وأمَّا قولُه: (على أن يعوِّضَه شيئاً منها) فتصريحٌ بالعِوَض، ولا شكَّ أنَّهما متغايرانِ[2].

بقيَ أن يقال: ما أجابَ به في «الدُّرر» و«البحر» - وسبقَهما إليه صدرُ الشَّريعة - متعقَّبٌ، فقد ذكر عزمي زاده ما نصُّه: يُفهمُ من كلام صاحب «الدُّرر»: أنَّه إذا وهبَ داراً بشرط أن يعوِّضَه شيئاً معيَّناً منها تصحُّ الهبةُ والشَّرطُ، مع أنَّه ليس كذلكَ، فالصَّوابُ في الجواب: أن يُختارَ الشقُّ الثَّاني، ولا تكرارَ؛ لأنَّ الردَّ عليه لا يَستلزمُ كونَه عوضاً. وفي هذا المقام كلامٌ يُعلمُ بمراجعة «تكملة قاضي زاده»[3]. وقال المولى عبدُ الحليم: قولُه: بأنَّ المرادَ إمَّا الهبةُ بشرط العوض... إلخ أرادَ به: عِوَضاً لا من العين الموهوبة. أقول: فيه بحثٌ؛ لأنَّه لم يُرِدْ به؛ إذ المفروضُ أن يكون العوضُ شيئاً منها، وقولُه: وإن أراد به... إلخ هذا هو المرادُ، ونمنعُ التَّكرارَ؛ لأنَّ ردَّ الشَّيء منها لا يستلزمُ كونَه مردوداً على طريق العوض،

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢٥.

(٢) «رمز الحقائق»: ٢/ ١٩٠.

(٣) «نتائج الأفكار»: ٩/ ٥٣- ٥٤ (تكملة فتح القدير).

من اشتراط معلوميَّة العوض.

بل المتبادرُ من الردِّ أنَّه مردودٌ لا بطريق العوض، فيُحملُ عليه. على أنَّ العوضَ إنَّما يكون بألفاظٍ مخصوصةٍ كما مرَّ، وأيضاً لا بُدَّ في التَّعويض من الإضافة إلى الهبة. ثمَّ التحقِّيقُ: أنَّ شرطَ العوض من العين الموهوبة لغوٌ لا يمنعُ الرُّجوعَ، سواءٌ كان معلوماً أو لم يكن، دلَّ عليه ما ذكرَ في «التاترخانيَّة» وغيرها من أنَّ الهبةَ لو كانت ألفَ درهمٍ والعوضُ درهمٌ منها، أو كانت داراً والعوضُ بيتٌ منها؛ لم يكن عِوَضاً، وكان للواهب أن يرجعَ في الهبة استحساناً. وقال زُفَر: يكون عِوَضاً[1]، فظهرَ أنَّ ما أجاب به المصنِّفُ قاصرٌ كما لا يخفى. اهـ.

(قوله: مِنِ اشْتِرَاطِ مَعْلُومِيَّةِ العِوَضِ) قال المصنِّفُ في «منحه»: وقيَّدْنا العوضَ في المختصر بكونه معيَّناً، وهو قيدٌ لازمٌ أخلَّ به صاحبُ «الكنز» وغيرُه من أصحاب المتون. اهـ. قال الرَّمليُّ في «حاشيته عليها»: قولُه: وهو قيدٌ لازمٌ، أقول: لا حاجةَ إليه بعد قوله: (بيعٌ انتهاءً... إلخ)؛ إذ قولُه: (فيردُّ ويأخذُ) صريحٌ في أنَّه مُعيَّنٌ، فالألفُ واللامُ في (العِوَض) بدلٌ عنه، فالتَّقديرُ: عِوَضٌ معيَّنٌ، وهذا غالبٌ في عبارات المختصرات. قال في «البحر»: وأرادَ بالعوض: العوضَ المعيَّنَ؛ إذ في اشتراط العوض المجهولِ تكون هبةً ابتداءً وانتهاءً؛ لبُطْلان اشتراطه كما سيأتي. اهـ[2]. فلم يقعْ من أصحاب المتون الخللُ. اهـ[3].

---

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٧٣.

(٢) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٥.

(٣) «لوائح الأنوار»: ق٧٥/ ب ولي الدين.

(أَعْتَقَ حَمْلَ أَمَةٍ ثُمَّ وَهَبَهَا؛ صَحَّ، وَلَوْ دَبَّرَهُ ثُمَّ وَهَبَهَا؛ لَمْ يَصِحَّ) لبقاء الحملِ على ملكه، فكان مشغولاً به، بخلاف الأوَّل. (كَمَا لا يَصِحُّ) تعليقُ (الإِبْرَاء عَنِ الدَّيْنِ) بشرطٍ محضٍ، كقوله لمديونه: "إذا جاءَ غدٌ، أو "إن مِتَّ ـ بفتح التاء ـ فأنتَ بريءٌ من الدَّيْن"، أو "إن مِتَّ من مرضِكَ هذا، أو إن مِتُّ من مرضي هذا فأنتِ في حِلٍّ من مهري"، فهو باطلٌ؛

(قوله: أَعْتَقَ حَمْلَ أَمَةٍ... إلخ) قيل: فيه روايتانِ: في روايةٍ: لا تجوزُ الهبةُ في الإعتاق والتَّدبير جميعاً. وفي روايةٍ: جازتْ فيهما جميعاً. والصَّحيحُ ما في المتن، ووجهُ الفرق ما نذكرُه في المقولة الآتية بعد هذه عن الزَّيلعيِّ كما في «الخانية».

(قوله: وَلَوْ دَبَّرَهُ ثُمَّ وَهَبَهَا لَمْ يَصِحَّ) قال الزَّيلعيُّ: ولو أعتقَ ما في بطنها ثمَّ وهبَها؛ جازتِ الهبةُ في الأمِّ؛ لأنَّ الجنينَ غيرُ مملوكٍ، واشتغالُ بطنها لا يُوجبُ الفسادَ، كما إذا وهبَ أرضَه وفيها أبنيتُه، بخلافِ ما إذا دبَّرَ الحملَ ثمَّ وهبَها حيث لا تجوزُ الهبةُ؛ لأنَّ ملكَه فيه باقٍ، ولا يمكنُ إدخالُه في الهبة؛ لأنَّ المدبَّرَ لا يقبلُ النَّقلَ من ملكٍ إلى ملكٍ، ولا تصحُّ الهبةُ في الأمِّ بدون؛ لأنَّها مشغولةٌ به، فصارَ نظيرَ هبة النَّخل بدون الثَّمر أو الجُوالق بدون الدَّقيق من حيث إنَّ كلَّ واحدٍ منهما يمنعُ القبضَ. اهـ[1].

(قوله: بِشَرْطٍ مَحْضٍ) لِمَا في الإبراء من معنى التَّمليك، ولا يصحُّ تعليقُ التَّمليكات بالشَّرط. وقد تقدَّم في مسائل شتَّى من البيوع.

(قوله: فَهُوَ بَاطِلٌ) قال في «البحر»: لأنَّ هبةَ الدَّين ممن عليه إبراءٌ، وهو تمليكٌ من وجهٍ، فيرتدُّ بالردِّ ولو بعد المجلس على خلافٍ فيه كما في «النِّهاية»، وإسقاطٌ من وجهٍ، فلا يتوقَّفُ على القبول، والتَّعليقُ بالشُّروط مختصٌّ بالإسقاطات المحضةِ التي يحلفُ بها

(١) «تبيين الحقائق»: ٥/ ١٠٣. وفيه: (ابنه) بدل (أبنيته).

لأنَّه مخاطرةٌ وتعليقٌ.

كالطَّلاق والعتاق، فلا يصحُّ تعليقُ التَّمليكات، ولا الإسقاطاتِ من وجهٍ دون وجهٍ، ولا الإسقاطاتِ من كلِّ وجه، ولا يحلفُ بها، كالعفو عن القصاص. وقيَّدَ بقوله: (إن أدَّيت)؛ لأنَّه لو قال: "أنتَ بريءٌ من النِّصف على أن تُؤدِّيَ إليَّ النِّصفَ"؛ صحَّ؛ لأنَّه ليس بتعليقٍ، بل تقييدٌ، ولِمَا قدَّمْناه في باب التَّعليق: أنَّ المعلَّقَ بـ"على" هو ما بعدها لا ما قبلها، وأشارَ بقوله: (لمديونه): أنَّ هبةَ الدَّين للكفيل تمليكٌ من كلِّ وجهٍ، حتَّى يرجعُ بالدَّين على المكفول عنه، ولا يتمُّ إلا بقبوله، وإبراءُ الكفيل عن الدَّين إسقاطٌ من كلِّ وجهٍ حتَّى لا يرتدُّ بالردِّ. كذا في «النِّهاية». ثمَّ قولُهم: إنَّ الإبراءَ لا يتوقَّفُ على القبول يُستثنى منه: ما إذا أبرأَ ربُّ الدَّين بدلَ الصَّرف والسَّلَم أو وَهبَه له يتوقَّفُ على القبول؛ لأنَّ البراءةَ عنه توجبُ انفساخَه لفوات القبض المستحقِّ بعقد الصَّرف والسَّلَم، ولا يَنفردُ أحدُهما بفسخه، فلا بُدَّ من قبوله. اهـ[1].

أقول: فقولُه: والتَّعليقُ يختصُّ بالإسقاطات المحضةِ التي يحلفُ بها إشارةٌ إلى أنَّ من الإسقاطات المحضةِ ما لا يحلفُ بها، أي: لا يقبلُ التَّعليقَ بالشَّرط، كالحجر على المأذون وعزلِ الوكيل والإبراء عن الدَّين.

(قوله: لِأَنَّهُ مُخَاطَرَةٌ وَتَعْلِيقٌ) لاحتمال موتِ الدَّائن قبل الغد أو قبل موتِ المديون ونحو ذلك؛ لأنَّ المعنى: إن متَّ قبلي، وإن جاء الغدُ والدَّينُ عليك، فيحتملُ أن يموتَ الدَّائنُ قبل الغد أو قبل موت المديون، فكان مخاطرةً. كذا قرَّرَه شيخُ سيدي الوالد رَحِمَهُ اللَّهُ[2]. وقال سيدي الوالدُ رَحِمَهُ اللَّهُ: وأقول: الظَّاهرُ: أنَّ المرادَ: أنَّه مخاطرةٌ في مثل

(١) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٦.

(٢) «رد المحتار»: ١٤/ ٦١٧.

(إِلَّا بِشَرْطٍ كَائِنٍ) ليكون تنجيزاً، كقوله لمديونه: إن كان لي عليكَ دينٌ أبرأتُكَ عنه؛ صحَّ، وكذا: إن متُّ ـ بضم التاء ـ فأنتَ بريءٌ منه أو في حِلٍّ؛ جازَ وكان وصيَّةً. «خانيَّة»(١).

"إن متَّ من مرضك هذا"، وتعليقٌ في مثل "إن جاءَ الغدُ"، والإبراءُ لا يحتمِلُهما، وأنَّ المرادَ بالشَّرط: الكائنُ الموجودُ حالةَ الإبراء، وأمَّا قولُه: "إن مِتُّ" بضم التاء؛ فإنَّما صحَّ وإن كان تعليقاً؛ لأنَّه وصيَّةٌ، وهي تَحتملُ التَّعليقَ. فافهمْ. وتقدَّمت المسألةُ في متفرِّقات البيوع فيما يبطلُ بالشَّرط ولا يصحُّ تعليقُه به(٢).

أقول: وهذا يقتضي أنَّ المريضَ إذا قال في مرضه: "إن مِتُّ من مرضي هذا فعبدي وصيَّةٌ لفلانٍ": أنَّه باطلٌ؛ لأنَّه مخاطرةٌ، فلا يصحُّ. فليتأمَّل. فهل فرقٌ بين المسألتين؟! ويمكن أن يقال: ما سمعتَه من أنَّه وإنَّما صحَّ هنا وإن كان تعليقاً؛ لأنَّه وصيَّةٌ، وهي تَحتملُ التَّعليقَ.

(قوله: لِيَكُونَ تَنْجِيزاً) الأَوْلى: فيكون.

(قوله: وَكَذَا: "إِنْ مِتُّ ـ بِضَمِّ التَّاءِ ـ فَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنْهُ أَوْ فِي حِلٍّ" جَازَ) فرَّق بينهما في «الهنديَّة»، ونصُّه: لو قال ربُّ الدَّين: "إن متُّ فأنتَ في حلٍّ منه"؛ فهو جائزٌ. كذا في «فتاوى قاضي خان». ولو قال: "إن متَّ فأنت بريءٌ من ذلكَ" لا يبرأُ، وهو مخاطرةٌ(٣)، كقوله: "إن دخلتَ الدَّارَ فأنت بريءٌ مما لي عليكَ"؛ لا يبرأُ. كذا في «وجيز الكردريِّ». انتهى(٤). والتَّعليقُ موجودٌ في كلٍّ. وقد فرَّقَ المؤلِّفُ بين قول الدَّائن: "إن متُّ من مرضي

(١) «الفتاوى الخانية»: كتاب الكفالة: ٣/ ٤٦٧.

(٢) «رد المحتار»: ١٤/ ٦١٧.

(٣) «الفتاوى الخانية»: كتاب الوصايا: ٤/ ٥٢٤.

(٤) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٨.

(جَازَ العُمْرَى) للمُعمَر له ولورثتِه بعده؛ لبُطلان الشَّرْط، ....

هذا" وبين "إن متَّ" بلا قيدٍ، فجعلَ الأوَّلَ تعليقاً والثَّاني وصيةً. ط[1].

والحاصلُ: أنَّه إنَّما لم يجزْ في الأوَّل وجازَ في الثَّاني مع أنَّ التَّعليقَ موجودٌ في كلٍّ؛ لأنَّ الأوَّلَ مخاطرةٌ وتعليقٌ، والثَّاني وصيَّةٌ.

(قوله: جَازَ العُمْرَى) بالضمِّ اسمٌ من الإعمار. «صحاح»[2]. يقال: أعمرتُه الدَّارَ عُمرى، أي: جَعلْتُها عليه يسكُنُها مدَّةَ عمره، فإذا ماتَ عادتْ إليه، وكانوا يفعلون ذلك في الجاهليَّة. وفي الشَّريعة: جعلُ نحوِ داره للمعمَر له مدَّةَ عمره بشرطِ أن يَرُدَّها على المعمر أو على ورثته إذا ماتَ المعمَرُ له أو المعمِرُ، ونحوُ: "أعمرتُكَ داري هذه حياتَكَ"، أو "وهبتُكَ هذا العبدَ حياتَكَ، فإذا متُّ فهو لورثتي". «نقاية» وشرحها. قال الشمنيُّ: وصورتُها أن يقول: "أعمرتُكَ داري هذه"، أو "هي لك عُمْرى"، أو "ما عِشْتَ"، أو "مدَّةَ حياتك"، أو "ما حَييتَ فإذا متَّ؛ فهي ردٌّ عليَّ". اهـ. وقال الزيلعيُّ: والعُمرى: هو أن يجعلَ دارَه له عُمُرَه، فإذا ماتَ تردُّ عليه، فصحَّ التَّمليكُ وبطلَ الشَّرطُ؛ لِمَا بيَّنا أنَّ الهبةَ لا تبطلُ بالشُّروط الفاسدة، ويبطلُ الشَّرطُ. انتهى[3]. وقال في «شرح المجمع»: العُمرى: هي هبةُ شيءٍ مدَّةَ عمر الموهوب له أو الواهب بشرطِ أن يعودَ إليه أو إلى ورثته إذا ماتَ الموهوبُ له. انتهى. فقولُ الشَّارح: (عمره) يصحُّ أن يرجعَ الضَّميرُ إلى الواهب أيضاً كما في «الشُّرنبلاليَّة»[4].

(قوله: لِبُطْلَانِ الشَّرْطِ) أي: شرطِ الردِّ على المعمِر أو ورثتِه.

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٧-٤٠٨.

(٢) «الصحاح»: ص٧٥٧.

(٣) «تبيين الحقائق»: ٥/ ١٠٤.

(٤) «غنية ذوي الأحكام»: ٢/ ٢٢٥ (بهامش درر الحكام).

(لَا) تجوزُ (الرُّقْبَى) لأنَّها تعليقٌ بالخطر، وإذا لم تصحَّ تكونُ عاريةً. شمني. لحديثِ أحمدَ وغيره: «مَنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِيَ لِمُعْمَرِهِ فِي حَيَاتِهِ وَمَوْتِهِ، لَا تُرْقِبُوا، فَمَنْ أَرْقَبَ

(قوله: **لا تَجُوزُ الرُّقْبَى**) هي بالضمِّ من المراقبة، وهي لغةً: أن تُعطيَ إنسانـًا مِلكـًا وتقول: "إن متُّ فهو لكَ، وإن متُّ فلي". كذا في «المبسوط» وغيره. وشريعةً: أن يقول: "داري لك رُقبى إن متُّ قبلكَ فهي لكَ". اهـ. ويعني: إن متَّ قبلي فهي لي، أي: فكأنَّه قال: له ارقُبْ حياتي، فإذا متُّ وأنت حيٌّ فهي لكَ، فهو تعليقٌ للتَّمليك بالشَّرط، فلا يصحُّ، وإنَّما لم تكن وصيَّةً؛ لأنَّه لم يُعلِّقْها بمطلق موته، بل بشرط أن يموتَ والمرقَبُ حيٌّ، فكانت مخاطرةً. وهذا قولُ الإمام ومحمدٍ، والعلَّةُ في عدم الجواز ما ذكره الشَّارحُ. وقال أبو يوسُفَ: إنَّها صحيحةٌ؛ لأنَّها تمليكٌ في الحال، والشَّرطُ باطلٌ. والأوَّلُ هو الصَّحيحُ. «مضمرات».

(قوله: **وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ تَكُونُ عَارِيَةً**) أي: إذا سلَّمَها إليه؛ لتضمُّن الرُّقبى إطلاقَ الانتفاع. حموي عن «الينابيع»[1]. أي: لأنَّه حينئذٍ قد أَذِنَ له بالانتفاع بها، وإنَّما لم يُقيِّدْ بذلك؛ لأنَّ الهبةَ المبوَّبَ لها من شرطها التَّسليمُ.

(قوله: **لِمُعْمَرِهِ**) بفتح الميم الثَّانية.

(قوله: **فِي حَيَاتِهِ وَمَوْتِهِ**) يَحتملُ أن يكون الضَّميرُ راجعـًا إلى المعمَر بفتح الميم، ومعنى كونها له في موته: أنَّها من ماله المتروكِ عنه، ويحتملُ رجوعُ الضَّمير إلى (مَنْ) في قوله: "مَنْ".

---

(١) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٩٨/ آ شهيد علي باشا.

شَيْئًا فَهُوَ سَبِيلُ المِيرَاثِ».

(بَعَثَ إِلَى امْرَأَتِهِ مَتَاعًا) هدايا إليها، (وَبَعَثَتْ لَهُ أَيْضًا) هدايا عِوَضًا للهبة، صرَّحتْ بالعِوَض أو لا، ....

(قوله: فَهُوَ سَبِيلُ المِيرَاثِ) على تقدير مضافٍ في المبتدأ، أي: فطريقُ الشَّيء المرقَب طريقُ الميراث عن المرقِبِ بالكسر. وفي «كافي الحاكم الشَّهيد»: بابُ الرُّقبى: رجلٌ حَضَرَتْه الوفاةُ، فقال: "داري هذه حبيسٌ"؛ لم تكن حَبِيسًا وهي ميراثٌ، وكذا إن قال: "داري هذه حَبيسٌ على عَقِبي من بعدي"، والرُّقبى: هي الحبيسُ، وليس بشيءٍ. قال لرجلينِ: "عبدي هذا لأطولكما حياةً"، أو قال: "عبدي هذا حَبيسٌ على أطولكما حياةً"؛ فهذا باطلٌ، وهو الرُّقبى. وكذلك لو قال لرجلٍ: "داري لك حَبيسٌ"، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمدٍ، وقال أبو يوسفَ: أمَّا أنا فأرى أنَّه إذا قال: "داري لك حَبيسٌ"؛ فهي له إذا قَبضَها، وقولُه: حبيسٌ باطلٌ، وكذلكَ إذا قال: "هي لك رُقْبى". اهـ. وفيه أيضًا: قال: "داري هذه لك عُمْرى تسكُنُها"، وسلَّمَها إليه؛ فهي هبةٌ، وهي بمنزلة قوله: "طعامي هذا لكَ تأكلُه"، و"هذا الثَّوبُ لك تلبَسُه". وإن قال: "وهبتُ لك هذا العبدَ حياتَك وحياتَه، فقَبضَه"؛ فهي جائزةٌ، وقولُه: حياتَك باطلٌ. وكذلك لو قال: "أعمرتُكَ داري هذه حياتَكَ"، أو قال: "أعطَيْتُكَها حياتَك فإذا متَّ فهي لي، وإذا متُّ أنا فهي لوارثي"، وكذا لو قال: "هو هبةٌ لك ولعَقِبك من بعدك"، وإن قال: "أسكنتُكَ داري هذه حياتَك ولعَقِبك من بعدك"؛ فهي عاريةٌ، وإن قال: "هي لك ولعَقِبك من بعدكَ"؛ فهي هبةٌ له، وذِكرُ العَقِب لغوٌ. انتهى.

(قوله: هَدَايَا) أي: فيما يظهرُ، وإلا فإنَّه يدَّعي العاريةَ، فالأَوْلى حذفُه.

(قوله: أَوْ لَا) لأنَّ القرينةَ تدلُّ أنَّها ما أرسلتْ إليه إلا مكافأةً لصنيعه.

(ثُمَّ افْتَرَقَا بَعْدَ الزِّفَافِ، وَادَّعَى) الزَّوجُ (أَنَّهُ عَارِيَةٌ) لا هبةٌ، وحلفَ، (فَأَرَادَ الِاسْتِرْدَادَ، وَأَرَادَت) هي (الِاسْتِرْدَادَ) أيضاً؛ (يَسْتَرِدُّ كُلٌّ) منهما (مَا أَعْطَى) إذ لا هِبةَ، فلا عِوَضَ، ولو استهلَكَ أحدُهما ما بَعثَه الآخرُ؛ ضَمِنَه؛ لأنَّ من استهلكَ العاريةَ ضَمِنَها. «خانيَّة»[1].

(هِبَةُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ وَإِبْرَاؤُهُ عَنْهُ ....

(قوله: بَعْدَ الزَّفَافِ) قيدٌ لبيان الواقع؛ لأنَّ في مثل هذه الحالة يظهرُ التَّجاحدُ، فلو ادَّعى ذلك من غير افتراقٍ؛ فالحكمُ كذلك؛ لأنَّه هو الدَّافعُ، فهو أعلمُ بجهة الدَّفع، وإذا ظهرَ أنَّه لم يُهْدِ؛ تبيَّنَ أنَّ عِوَضَها لم يُصادفْ محلَّها؛ لأنَّها لم تقصدِ ابتداءَ البِرِّ، بل مكافأةً له على صنيعه، وقد تبيَّنَ أنْ لا صنيعَ منه، فتَستردُّ ما دَفعتْ. تأمَّلْ.

(قوله: وَحُلِّفَ) إنَّما لم يُطالبْ ببيِّنةٍ؛ لاتِّفاقهما على الملك له، فجهةُ التَّمليك لغيره تُعلمُ منه، فإذا تَخالَفا حلفَ، ومحلُّه ـ فيما يظهرُ ـ إذا لم تقمْ بيِّنةٌ على مدَّعاها.

(قوله: وَأَرَادَتْ هِيَ الِاسْتِرْدَادَ أَيْضًا) فإذا لم تُرِدْ؛ سقطَ حقُّها لا حقُّه.

(قوله: فَلَا عِوَضَ) لأنَّها إنَّما قصدتِ التَّعويضَ عن هبته، فلمَّا ادَّعى العاريةَ ورجعَ؛ لم يوجدِ التَّعويضُ من جهتها، فلها الرُّجوعُ.

(قوله: فَلَوِ اسْتَهَلَكَ أَحَدُهُمَا) قيَّدَ به؛ لإخراج الهلاك، فإنَّه لا ضمانَ فيه؛ إذ هو عاريةٌ، وهذا إنَّما يظهرُ فيما للزَّوج، أمَّا هي؛ فلم تدفعْه إلا عِوَضاً، فيلزمُه مطلقاً. فتأمَّلْ. ط[2].

(قوله: هِبَةُ الدَّيْنِ مِمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ) يعني: سواءٌ كان عليه حقيقةً أو حكماً، كما لو وهبَ غريمُ الميت الدَّينَ من وارثه، ولو ردَّ الوارثُ الهبةَ؛ ترتدُّ بالردِّ، خلافاً لمحمدٍ. وقيل: لا

(١) «الفتاوى الخانية»: كتاب النكاح: ١/ ٤٤٢- ٤٤٣.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٨.

يَتِمُّ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ) إذ لم يوجبِ انفساخَ عقدِ صرفٍ أو سَلَمٍ، لكن يرتدُّ بالردِّ في المجلس وغيرِه؛ ....

خلافَ هنا، والخلافُ فيما لو وَهبَه للميِّت فردَّه الوارثُ. ولو وهبَ لبعض الورثة؛ فالهبةُ لكلِّهم، ولو أبرأَ الوارثَ؛ صحَّ أيضاً. كذا في «البزازيَّة»[1]. ذكره الحمويُّ[2].

(قوله: يَتِمُّ مِنْ غَيْرِ قَبُولٍ) لِمَا فيه من معنى الإسقاط، قال المصنِّف في «منحه»: فإن قلت: هذا منقوضٌ بدَيْن الصَّرْف والسَّلَم، فإنَّ ربَّ الدَّين إذا أبرأَ المديونَ منه أو وَهبَه له توقَّفَ على قبوله. قلت: أُجيبَ عنه: بأنَّ توقُّفَه على ذلك لا من حيث إنَّه هبةُ الدَّين، بل من حيث إنَّه يُوجبُ انفساخَ العقد بفوات القبض المستحقِّ بعقد الصَّرْف، وأحدُ العاقدَيْن لا ينفردُ بفسخه، فلهذا توقَّفَ. اهـ.

(قوله: إِذَا لَمْ يُوجِبِ انْفِسَاخَ عَقْدِ صَرْفٍ أَوْ سَلَمٍ) أي: إذا أبرأَه عن أحدِ بدلي الصَّرف، أو عن رأس مال السَّلَم؛ يتوقَّفُ على القبول؛ لِمَا علمتَ من كونه مُوجِباً للفسخ فيهما، لا لكونه هبةً.

(قوله: لَكِنَّهُ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ) استدراكٌ على قوله: (يتمُّ من غير قبولٍ)، يعني: وإن تمَّ من غير قبولٍ لِمَا فيه من معنى الإسقاط، لكنَّه يرتدُّ بالردِّ لِمَا فيه من معنى التَّمليك. ح. قال في «الأشباه»: الإبراءُ يرتدُّ بالردِّ إلا في مسائل: الأولى: إذا أبرأَ المحتالُ المحالَ عليه فردَّه لا يرتدُّ، وكذا إذا قال المديونُ: أبرِئْني فأبرأه، وكذا إذا أبرأَ الطَّالبُ الكفيلَ، وقيل: يَرتدُّ.

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٤- ٣٥٥.

(٢) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٨٨.

لِمَا فيه من معنى الإسقاط. وقيل: يتقيَّدُ بالمجلس. كذا في «العناية»[1]. لكن في «الصَّيرفيَّة»: لو لم يَقبلْ ولم يَرُدَّ حتَّى افترقا، ثمَّ بعد أيَّامٍ ردَّ؛ لا يرتدُّ في الصَّحيح.

الرَّابعةُ: إذا قَبِلَه ثم ردَّه لم يرتدَّ. اهـ[2]. وفي «البحر»: أطلقَ الهبةَ، فانصرفتْ إلى الأعيان، فلا رُجوعَ في هبة الدَّين للمديون بعد القبول، بخلافه قبله؛ لكونها إسقاطاً. اهـ[3].

(قوله: **لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الإِسْقَاطِ**) تعليلٌ للتَّعميم، يعني: وإنَّما صحَّ الردُّ في غير المجلس؛ لِمَا فيه من معنى الإسقاط؛ إذ التَّمليكُ المحضُ يتقيَّدُ ردُّه بالمجلس، وليس تعليلاً لقوله: (يرتدُّ بالردِّ)؛ لِمَا علمتَ أنَّ علَّتَه: ما فيه من معنى التَّمليك. فتنبَّهْ. ح. والحاصلُ: أنَّ الإبراءَ عن الدَّين فيه معنى التَّمليك ومعنى الإسقاط، وهبةُ الدَّين كالإبراء منه، فمن حيث الإسقاط لا يتوقَّفُ على القبول على خلافٍ في الهبة، ومن حيث التَّمليك يرتدُّ بالردِّ. قال في «الصيرفيَّة»: ربُّ الدَّين إذا وهبَ الدَّينَ من المديون، فلم يَقبلْ ولم يردَّ حتَّى افترقا، فجاءَ بعد أيَّامٍ وردَّ؛ الصَّحيحُ: أنَّه لا يرتدُّ، هذا الاختلافُ بناءً على أنَّ الرُّجحانَ في هبة الدَّين من المديون بطريق الإسقاط أم بطريق التَّمليك، فمن قال: للتَّمليك قال: يَقتصرُ الجوابُ على المجلس، ومن قال: للإسقاط قال: لا يَقتصرُ. انتهى. ويردُ عليه: أنَّه إذا ترجَّحَ جانبُ الإسقاط ينبغي أن لا يرتدَّ مطلقاً. تأمَّلْ.

(قوله: **لَكِنْ فِي «الصَّيْرَفِيَّةِ»**) استدراكٌ على تضعيف «العناية» القولَ الثَّاني[4]. ح. وقد يقال: هو وإن كان صحيحاً، فغيرُه أصحُّ، فتحصَّلَ أنَّهما قولانِ مصحَّحانِ. ط[5].

---

(١) «العناية»: ٩/ ٥٤.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٤.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩١.

(٤) «العناية»: ٩/ ٥٥.

(٥) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٨.

لكن في «المجتبى»: الأصحُّ: أنَّ الهبةَ تمليكٌ، والإبراءَ إسقاط. (تَمْلِيكُ الدَّيْنِ مِمَّنْ لَيْسَ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بَاطِلٌ، إِلَّا) في ثلاثٍ: حوالةٍ، ووصيَّةٍ، ....

(قوله: لَكِنْ فِي «المُجْتَبَى»[١]) استدراكٌ على جعلهم كُلّاً من الهبة والإبراء إسقاطاً من وجهٍ تمليكاً من وجهٍ، وأنت خبيرٌ بأنَّ هذا الاستدراكَ مخالفٌ للمشهور. ح.

(قوله: تَمْلِيكٌ) أي: فتَحتاجُ إلى القبول كما صرَّحَ به في «المجتبى»[٢]، وعزا التَّسويةَ بين الهبة والإبراء لزُفَر.

(قوله: وَالإِبْرَاءَ إِسْقَاطٌ) ومن قال: للإسقاط لا يحتاجُ إليه. «منح».

(قوله: تَمْلِيكُ الدَّيْنِ... إلخ) قال المحشِّي الحمويُّ: يُستثنى من ذلك: ما في «القنية» من باب الأجل في القرض: ولو قال الأجنبيُّ للدَّائن: هَبْ دَيْنَه لي، أو حلِّلْه لي، أو قال: اجعلْ ذلك لي، فقال: قد فعلتُ؛ يَبرأُ استحساناً، ولو وَهبَه له ابتداءً لا يبرأُ. انتهى[٣].

(قوله: حَوَالَةٍ) أي: إذا كان المحالُ عليه مديونَ المحيل، وقد أحالَ شخصاً عليه، فإنَّ الدَّينَ ينتقلُ من ذمَّةِ المحيل إلى ذمَّةِ المحال عليه. والتَّعبيرُ بالانتقال يُفيدُ أنَّ المحالَ لم يملكْ ما بذمَّةِ المحال عليه من الدَّين، وإنَّما هو لَمَّا رضيَ بالحوالة؛ فقد التزمَ الدَّفعَ له بأمر المحيل، فإذا دفعَ عنه بأمره؛ وقعتِ المقاصَّةُ بينهما. فليتأمَّلْ. وأيضاً المحالُ مُسلَّطٌ على قبضه من المحال عليه، ويقال في الوصيَّة: ليس فيها تمليكٌ، وإنَّما هو تسليطٌ أيضاً، فرجعَ الأمرُ إلى التَّسليط في الكلِّ.

(قوله: وَوَصِيَّةٍ) أي: بأن أوصى بالدَّين الذي له على زيدٍ لعمرٍو، فإنَّه يصحُّ؛ لأنَّ الموصى له خليفةٌ عن الميت، وكذا إذا أوصى بثُلُثِ ماله مثلاً وفي التَّركة ديونٌ، فإنَّ

(١) «المجتبى»: ٣/ ٤٣١.

(٢) «المجتبى»: ٣/ ٤٣١.

(٣) «غمز عيون البصائر»: ٤/ ١٣.

و(إِذَا سَلَّطَهُ) أي: سلَّطَ المملِّكُ غيرَ المديون (عَلَى قَبْضِهِ) أي: الدَّينِ، (فَيَصِحُّ) حينئذٍ، ومنه: ما لو وَهبتْ من ابنها ما على أبيهِ؛ ....

الموصى له يملكُ من الدُّيون بقَدْر وصيَّته، أي: يملكُ المطالبةَ، وإنَّما يَصيرُ مِلْكاً حقيقةً إذا صارَ عيناً.

(قوله: وَإِذَا سَلَّطَهُ عَلَى قَبْضِهِ) أي: وقَبضَه (فَيَصِحُّ) يعني: لأنَّه يَصيرُ حينئذٍ وكيلاً عن الدائن في القبض من المديون، ثمَّ يقبضُ لنفسه كما ذكره الحمويُّ[1]. ومقتضاهُ: صحَّةُ عزله عن التَّسليط. «أشباه»[2]. قال في «جامع الفصولين»: هبةُ الدَّين ممن ليس عليه لم تجزْ، إلا إذا وَهبَه وأَذنَ له بقبضه فقَبَضَه؛ جازَ. صك: لم يجزْ إلا إذا سلَّطَه على قبضه، فيَصيرُ كأنَّه وَهبَه حين قبضَه، ولا يصحُّ إلا بقبضه. انتهى[3]. فتنبَّهْ لذلك. رملي[4].

(قوله: فَيَصِحُّ... إلخ) وحينئذٍ يَصيرُ وكيلاً في القبض عن الآمر، ثمَّ أصيلاً في القبض لنفسه، ومقتضاهُ: صحَّةُ عزله عن التَّسليط قبل القبض. وإذا قبضَ بدلَ الدَّراهم دنانيرَ؛ صحَّ؛ لأنَّه صارَ الحقُّ للموهوب له، فملكَ الاستبدالَ، وإذا نوى في ذلك التَّصدُّقَ بالزَّكاة أجزأَهُ كما في «الأشباه»[5].

(قوله: وَمِنْهُ) أي: مما استُثنِيَ.

(قوله: مَا لَوْ وَهَبَتْ مِنِ ابْنِهَا مَا عَلَى أَبِيهِ) أي: وأمرَتْه بالقبض. «بزَّازيَّة»[6]. وفي «الأشباه»

---

(١) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٨٨.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٣٠٩.

(٣) «جامع الفصولين»: ٢/ ١٥٦.

(٤) «لوائح الأنوار»: ق٧٥/ ب ولي الدين.

(٥) «الأشباه والنظائر»: ص٣٠٩.

(٦) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ٣٥٤.

فالمعتمدُ الصحَّةُ للتَّسليط. ويتفرَّعُ على هذا الأصل: لو قضى دَينَ غيره على أن يكونَ له؛ لم يجزْ ولو كان وكيلاً بالبيع. «فصولين» ....

في أحكام الدَّين: وهبتْ مهرَها من أبيها أو لابنها الصَّغير من هذا الزَّوج: إن أمرتِ بالقبض صحَّتْ، وإلا لا؛ لأنَّها هبةُ الدَّين من غير مَنْ عليه الدَّينُ[1]. ومثلُه في «مجموعة مؤيد زاده».

(قوله: فَالمُعْتَمَدُ الصِّحَّةُ لِلتَّسْلِيطِ) أي: إذا سلَّطَتْه على القبض كما يشيرُ إليه قولُه: (ومنه). وفي «الخانيَّة»: وهبتِ المهرَ لابنها الصَّغير الذي من هذا الزَّوج؛ الصَّحيحُ: أنَّه لا تصحُّ الهبةُ إلا إذا سلَّطتْ ولدَها على القبض، فيجوزُ ويَصيرُ ملكـًا للولد إذا قَبَضَ. اهـ[2]. فقولُ الشَّارح: (للتَّسليط) أي: التَّسليط صريحـًا، لا حكمـًا وعادةً كما فهمَه السائحانيُّ وغيرُه. قال في «الحاوي القدسي»: إن سلَّطَتْه على قبضه، وهو الصَّوابُ، لكن يُنظرُ فيما إذا كان الابنُ لا يَعقلُ، فإنَّ القبضَ يكون لأبيه، فهل يُشترطُ أن يُفرزَ الأبُ قدرَ المهر ويُقبِضَه لابنه، أو يكفي قبولُه كما في هبة الدَّين ممن عليه؟ يُراجعُ.

(قوله: وَيَتَفَرَّعُ عَلَى هَذَا الأَصْلِ) أي: الذي ذكره المصنِّفُ.

(قوله: لَمْ يَجُزْ) إلا أن يسلِّطَه الدَّائنُ على المديون ويقبضَه منه. ونقلَ في «الأشباه» قولينِ بالجواز وعدمه، وقدَّمَ الجوازَ، وظاهرُه اعتمادُه. قال في «القنية»: قضى دَيْنَ غيره ليكونَ له ما على المطلوب، فرضيَ؛ جازَ وفي ط وصك بخلافه. اهـ. ومنه ومما في «الأشباه» يُعلمُ أنَّ التَّفريعَ على أحل القولين.

(قوله: وَلَوْ كَانَ وَكِيلاً بِالبَيْعِ) أي: فقضى للموكِّل الثَّمنَ ليَصيرَ ما بذمَّة المشتري له؛

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٣٠٩ عن هبة «البزازية».

(٢) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٩٠- ١٩١.

(وَ) ليس منه ما (إِذَا أَقَرَّ الدَّائِنُ أَنَّ الدَّيْنَ لِفُلَانٍ، وَأَنَّ اسْمَهُ) في كتاب الدَّيْن (عَارِيَةٌ) حيث (صَحَّ) إقرارُه؛ لكونه إخباراً لا تمليكاً، فللمقرِّ له قبضُه. «بزَّازيَّة». وتمامُه في «الأشباه» من أحكام الدَّيْن.

لا يصحُّ، فيكون القضاءُ على هذا فاسداً، ويرجعُ البائعُ على الآمر بما أعطاهُ، وكان الثَّمنُ على المشتري على حاله. «أشباه»[1]. إلا أن يُسلِّطَه الموكِّلُ على القبض بعد الدَّفع، أمَّا قبله فالولايةُ في الطَّلب له كما لا يخفى.

(قوله: وَلَيْسَ مِنْهُ) أي: من تمليك الدَّين من غير مَنْ عليه الدَّينُ.

(قوله: حَيْثُ صَحَّ إِقْرَارُهُ) أي: قضاءً، أمَّا في الدِّيانة؛ فلا يحلُّ له الدَّينُ إذا لم يكن له في نفس الأمر؛ لأنَّ الإقرارَ ليس سبباً للملك، مع أنَّ التَّمليكَ هنا لا يُفيدُ ما لم يأمُرْه.

(قوله: فَلِلْمُقَرِّ لَهُ قَبْضُهُ) فإذا دَفعَه إليه بَرئَ، وكذا إذا دفعَ إلى المقرِّ كما في «المنح»[2]. وأكثرُ النُّسَخ كما هنا، وفي بعضها: (فللمقرِّ ولايةُ قبضه)، وهذا الموافقُ لِمَا في «البزازيَّة». فليراجَعْ فإنَّه مهمٌّ.

(قوله: وَتَمَامُهُ فِي «الأَشْبَاهِ» مِنْ أَحْكَامِ الدَّيْنِ[3]) لعلَّ الضَّميرَ راجعٌ إلى الدَّين، أي: تمامُ بيان أحكامه، وإلا فلم يتكلَّمْ في «الأشباه» على هذه المسألة. ط[4].

أقول: وعبارَتُها: وفي وكالة «الواقعات الحساميَّة»: لو قال: "وهبتُ منك الدَّراهمَ التي لي على فلانٍ فاقبِضْها منه"، فقبضَ مكانَها دنانيرَ؛ جازَ؛ لأنَّه صارَ الحقُّ للموهوب له،

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٣٠٩.

(٢) «منح الغفار»: ق٥٣٣/ب فيض الله.

(٣) «الأشباه والنظائر»: كتاب الهبة: ص٢٢٤.

(٤) «حاشية الطحطاوي»: ٣/٤٠٩.

وكذا لو قال: "الدَّينُ الذي لي على فلانٍ لفلانٍ". «بزَّازيَّة» وغيرُها.

قلتُ: وهو مُشكلٌ؛ ....

فملكَ الاستبدالَ[1]. اهـ. وهو مقتضٍ لعدم صحَّة الرُّجوع عن التَّسليط، لكن يُنافيه ما قدَّمْناه عن «الأشباه». فتأمَّلْ.

(قوله: لِي عَلَى فُلَانٍ) أي: وإن زاد لفظَ: لي، ولذا استشكلَه الشَّارحُ.

(قوله: «بَزَّازِيَّةٌ»[2] ... إلخ) والبزَّازيُّ تَبعَ ما في «الخلاصة»، وسبقَ في الإقرار الاعتراضُ عليها، وسبق تأييدُ الاعتراض.

(قوله: قُلْتُ: وَهُوَ مُشْكِلٌ... إلخ) أقول: هذا الإشكالُ ذكره المصنِّفُ في «منحه» أيضاً، وأجابَ عنه الرَّمليُّ في «حاشية المنح» في كتاب الإقرار، فقال بعد كلامٍ طويلٍ: والحاصلُ: أنَّ الإقرارَ يصحُّ مطلقاً بلا قبولٍ، ولا يلزمُ لو كان المقرُّ له غائباً، ولعدم لزومه جازَ أن يُقِرَّ به لغيره قبل حضوره، فاجتمعتْ كلمَتُهم على أنَّ القبولَ ليس من شرط صحَّة الإقرار، وأمَّا لزومُه؛ فشيءٌ آخرُ، والمصنِّفُ لم يُفرِّقْ بين الصحَّة واللُّزوم، فاستشكلَ على الصحَّة المجتمعةِ عليها كلمَتُهم باللُّزوم. وأمَّا ما أجابَ به المجيبُ المذكورُ؛ ففيه نظرٌ؛ إذ لو كان كما فَهِمَه لَمَا افترقَ الإقرارُ للغائب والحاضر مع أنَّ الظَّاهرَ أنَّ بينهما فرقاً في الحكم، ألا ترى إلى قوله في «الخانيَّة»: ولو أقرَّ لولده الكبير الغائب أو أجنبيٍّ بعد قوله: وأمَّا الإقرارُ للحاضر؛ فيلزمُ من جانب المقرِّ، حتَّى لا يصحُّ إقرارُه لغيره به قبل ردِّه، ولا يلزمُ من جانب المقرِّ له، فصحَّ ردُّه، وأمَّا الصحَّةُ؛ فلا شُبهةَ فيها في الجانبين بدون القبول كما يُفهمُ من كلامهم، فظهرَ الجوابُ وزالَ الإشكالُ بما قرَّرناهُ، والحمدُ لله تعالى. اهـ[3].

---

(1) «الواقعات» للحسام الشهيد: ق٣٣٩/ ب فيض الله.

(2) «الفتاوى البزازية»: كتاب الإقرار: ٢/ ١١٤.

(3) «لوائح الأنوار»: ق٦٦/ آ ولي الدين.

لأنَّه مع الإضافة إلى نفسه يكونُ تمليكـًا، وتمليكُ الدَّين ممَّن ليس عليه باطلٌ فتأمَّله.
وفي «الأشباه» في قاعدةِ: تصرُّف الإمام معزيّـًا لصلح «البزَّازيَّة»: اصطلَحا أن يُكتبَ اسمُ أحدهما في الدِّيوان، فالعطاءُ لمن كُتبَ اسمُه... إلخ.

(قوله: لِأَنَّهُ مَعَ الإِضَافَةِ إِلَى نَفْسِهِ) أي: مع إسناد المال إليه.

(قوله: فَتَأَمَّلْهُ) يمكن الجوابُ: بأنَّ المرادَ: الدَّينُ الذي لي على فلانٍ بحسب الظَّاهر هو لفلانٍ، أي: في نفس الأمر، فلا إشكالَ. اهـ ح. لكن يقال فيه: إنَّه متى أمكنَ الحقيقةُ فلا يُعدلُ إلى المجاز، وتقدَّمَ في الإقرار ما يُقوِّي إشكالَ الشَّارح، ولعلَّ المرادَ بالإضافة في قوله: الدَّينُ الذي لي على فلانٍ إضافةُ نسبةٍ لا ملكٍ، كما في قولهم: "جميعُ ما في بيتي لفلانٍ"، فإنَّه إقرارٌ، وكذا "جميعُ ما يُعرفُ بي أو يُنسبُ إليَّ".

أقول: ويمكن أن يكون مبنيّـًا على الخلاف، فإنَّه قال في «القنية» راقمـًا لعليٍّ السُّغديِّ: إقرارُ الأب لولده الصَّغير بعينٍ من ماله تمليكٌ إن أضافَه إلى نفسه في الإقرار، وإن أطلقَ فإقرارٌ، كما في "سُدُسُ داري" و"سُدُسُ هذه الدَّار". ثمَّ رقم لنجم الأئمَّة البخاريِّ: إقرارٌ في الحالين لا تمليكٌ. اهـ. قال في إقرار «المنح»: فيُفيدُ أنَّ في المسألة خلافـًا، ولكنَّ الأصلَ المذكورَ هو المشهورُ، وعليه فروعٌ في «الخانيَّة» وغيرها[1]. وقد مرَّت المسألةُ قُبَيل إقرار المريض، وأجبنا عنها بجوابٍ حسنٍ، فارجعْ إليه.

(قوله: اصْطَلَحَا... إلخ) مناسبةُ ذكر هذه المسألة: كتابةُ اسم غير المستحقِّ، فإنَّ المكتوبَ اسمُه لا يَستحقُّ المكتوبَ.

(قوله: فَالعَطَاءُ لِمَنْ كُتِبَ اسْمُهُ) عبارةُ «البزَّازيَّة»: له عطاءٌ في الدِّيوان، وماتَ عن

---

(١) «منح الغفار»: ق٥٠٠/ب فيض الله.

(وَالصَّدَقَةُ كَالهِبَةِ) بجامع التَّبرُّع، وحينئذٍ (لا تَصِحُّ غَيْرَ مَقْبُوضَةٍ، وَلَا فِي مَشَاعٍ يُقْسَمُ،

ابنينِ، فاصطَلَحا على أن يكتبَ اسمُ أحدهما في الدِّيوان ويأخذَ العطاءَ هو، والآخرُ لا شيءَ له من العطاء، ويبذلُ مَن كان له العطاءُ مالاً؛ فالصُّلحُ باطلٌ، ويردُّ بدلَ الصُّلح والعطاءَ الذي جعل الإمامُ العطاءَ له؛ لأنَّ الاستحقاقَ للعطاء بإثبات الإمام لا دخلَ لرضى الغير وجعلِه، غير أنَّ السُّلطانَ إن منعَ المستحقَّ فقد ظلَمَ مرَّتينِ في قضيَّةٍ: في حرمان المستحقِّ وإثباتِ غير المستحقِّ مقامَه. اهـ[(١)].

(قوله: وَالصَّدَقَةُ كَالهِبَةِ... إلخ) قال في «العناية»: لَمَّا كانت الصَّدقةُ تُشاركُ الهبةَ في الشُّروط وتُخالِفُها في الحكم؛ ذكرَها في كتاب الهبة. اهـ[(٢)]. وقدَّمَ المصنِّفُ أحكامَ الهبة على الصَّدقة؛ لعمومها في حقِّ المسلم والكافر، وكثرتْ تفاريعُها كما في «المفتاح»، وهو عكسُ ما هو المشهورُ من أنَّ ما كَثُرَتْ تفاريعُه يؤخَّرُ لطول الكلام عليه. حموي[(٣)].

(قوله: لا تَصِحُّ غَيْرَ مَقْبُوضَةٍ) أي: لا تتمُّ.

(قوله: وَلَا فِي مَشَاعٍ يُقْسَمُ) قيَّدَ به؛ لأنَّه لا تصحُّ في مشاعٍ لا يقسمُ. حموي[(٤)]. فإن قلت: قدَّمَ أنَّ الصَّدقةَ لفقيرَيْن جائزةٌ فيما يَحتملُ القسمةَ بقوله: (وصحَّ تصدُّقُ عشرةٍ لفقيرين). قلتُ: المرادُ هنا من المشاع: أن يهبَ بعضَه لواحدٍ فقط، فحينئذٍ هو مشاعٌ يحتملُ القسمةَ، بخلاف الفقيرين، فإنَّه لا شُيوعَ كما تقدَّم. «بحر»[(٥)].

---

(١) «الفتاوى البزازية»: ٢/ ١٩٨.

(٢) «العناية»: ٩/ ٥٦.

(٣) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٩٨/ آ شهيد علي باشا.

(٤) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٩٨/ آ شهيد علي باشا.

(٥) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٧.

وَلا رُجُوعَ فِيهَا) ولو على غنيٍّ؛ لأنَّ المقصودَ فيها الثَّوابُ، لا العِوَضُ.

(قوله: وَلَا رُجُوعَ فِيهَا) الأَوْلى: غير أنَّه لا رجوعَ فيها؛ لأنَّ عبارتَه تُوهمُ أنَّها مِثلُها فيه، وقد ذكرها في «الدُّرر» مستقلَّةً بلا تشبيهٍ، حيث قال: تصدَّقَ على غنيٍّ أو وَهبَه لفقيرٍ؛ لا يَرجعُ اعتباراً للَّفظ في الأولى وللمعنى في الثَّانية[1]. والحاصلُ: أنَّها جملةٌ مستأنفةٌ وليستْ بداخلةٍ تحت التَّثنية، وإلا لفسدَ المعنى. فليتأمَّلْ. وضميرُ (فيها) للصَّدقة، وفي القُدُوريِّ: الصَّدقةُ كالهبة لا تصحُّ إلا بالقبض، ولا يصحُّ الرُّجوعُ في الصَّدقة بعد القبض. اهـ[2].

(قوله: وَلَوْ عَلَى غَنِيٍّ) أي: ولو تصدَّقَ على غنيٍّ ليس له الرُّجوعُ، واختاره في «الهدايَة» مقتصراً عليه[3]؛ لأنَّه قد يُقصدُ بالصَّدقة على الغنيِّ الثَّوابُ لكثرة عياله. «بحر»[4]. وهذا مخالفٌ لِمَا مرَّ قُبَيل باب الرُّجوع من أنَّ الصَّدقةَ على الغنيِّ هبةٌ، ولعلَّهما قولانِ. تأمَّلْ. قال القهستانيُّ: الفقيرُ والغنيُّ يَستويانِ في عدم العود، وقال بعضُهم: إنَّ له العودَ على الغنيِّ. اهـ[5]. ثم رأيتُ الشمنيَّ ذكره حيث قال: ولو تصدَّقَ على غنيٍّ لا يعودُ استحساناً، والقياسُ أن يعودَ، وبه قال بعضُ أصحابنا... إلخ.

(قوله: لِأَنَّ المَقْصُودَ فِيهَا الثَّوَابُ) وقد حصلَ. قيل عليه: إنَّ حصولَ الثَّواب في الآخرة فضلٌ من الله تعالى ليس بواجبٍ عندنا، خلافاً للمعتزلة، فلا يُقطعُ بحصوله. ويمكن أن يقال: حصولُ الوعد بالثَّواب. أخي جلبي.

---

(١) «درر الحكام»: ٢/ ٢٢٤- ٢٢٥ عن «الكافي».

(٢) «مختصر القدوري»: ص١٢٥.

(٣) «الهداية»: ٣/ ٢٢٨.

(٤) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩٧.

(٥) «جامع الرموز»: ص٤٣٤.

ولو اختَلَفا فقال الواهبُ: "هبةٌ"، والآخرُ: "صدقةٌ"؛ فالقولُ للواهب. «خانيَّة»[1].

(قوله: فَالقَوْلُ لِلْوَاهِبِ) لأنَّه الدَّافعُ، فهو أدرى بجهة الدَّفع.

أقول: ونقلَ الرَّمليُّ في «حاشيته على المنح» عن الزَّاهديِّ في كتابه المسمَّى بـ«حاوي مسائل المنية»: رجلٌ اشترى حُلياً ودفعَه إلى امرأته واستعملَتْه، ثمَّ ماتتْ، ثمَّ اختلفَ الزَّوجُ وورثتُها أنَّها هبةٌ أو عاريةٌ؛ فالقولُ للزَّوْج مع اليمين أنَّه دفعَ ذلك إليها عاريةً؛ لأنَّه منكرٌ للهبة. أقول: وهذا صريحٌ في ردِّ كلام أكثر العوامِّ: أنَّ تمتُّعَ المرأة يوجبُ التَّمليكَ، ولا شكَّ في فساده. اهـ[2].

وسبقَه إلى هذا صاحبُ «البحر» كما ذكرناهُ عنه في باب التَحالف، وكتبنا هناك عن «البدائع»: أنَّ المرأةَ إن أقرَّتْ أنَّ هذا المتاعَ اشتراهُ لي؛ سقطَ قولُها؛ لأنَّها أقرَّتْ بالملك لزوجها ثمَّ ادَّعتِ الانتقالَ إليها، فلا يثبتُ إلا بالبيِّنة. اهـ. وظاهرُه: شمولُ ثياب البدن، ولعلَّه في غير الكِسوة الواجبةِ، وهو الزَّائدُ عليها. تأمَّلْ وراجعْ. ويدلُّ عليه ما مرَّ أوَّلَ الهبة من قوله: (اتخَّذَ لولده أو لتلميذه ثياباً... إلخ)، وكذا ما قدَّمْناه ثمَّةَ عن «الخزانة» عند قول المصنِّف: (هو الإيجابُ والقبولُ)، فحيث لا رُجوعَ له هناك ما لم يُصرِّحْ بالعارية؛ فهنا أَوْلى.

مطلبٌ: في معنى التَّمليك

تنبيهٌ: قال السيِّدُ الحمويُّ: اعلم أنَّ التَّمليكَ يكون في معنى الهبة ويتمُّ بالقبض، وإذا عَرِيَ عن القبض والتَّسليم اختلفَ العلماءُ فيه، فقيل: يجوزُ، وقيل: لا يجوزُ قياساً على

(١) «الفتاوى الخانية»: ٤/ ١٨٦.

(٢) «لوائح الأنوار»: ق٧٦/ آ ولي الدين.

فروعٌ: كتبَ قصَّةً إلى السُّلطان يسألُه تمليكَ أرضٍ محدودةٍ، فأمرَ السُّلطانُ بالتَّوقيع، فكتبَ كاتبُه: "جعَلْتُها ملكًا له": هل يحتاجُ إلى القبول في المجلس؟ القياسُ: نعم، لكن لَمَّا تعذَّرَ الوصولُ إليه؛ أُقيمَ السُّؤالُ بالقصَّة مقامَ حضوره.

أعطتْ زوجَها مالاً بسؤاله ليتوسَّعَ، فظفرَ به بعضُ غرمائه: ....

الهبة. وأكثرُ المشايخ على أنَّه يجوزُ بدون التَّسليم، وأنَّه غيرُ الهبة؛ لأنَّ التَّمليكَ والهبةَ شيئان اسماً وحكماً. أمَّا الاسمُ؛ فظاهرٌ. وأمَّا حكماً؛ فلأنَّه لو وهبَ الثِّمارَ على رؤوس الأشجار لا يجوزُ، ولو أقرَّ بالتَّمليك يجوزُ، فثبت أنَّ التَّمليكَ يصحُّ بدون التَّسليم، وأنَّه غيرُ الهبة، وعليه الفتوى وعملُ الناس. وموتُ المقِرِّ بمنزلة التَّسليم بالاتِّفاق. كذا في «المفتاح». اهـ[1]. قال ط: والمناسبُ في المقابلة أن يقول: ولو ملكه؛ لأنَّ الإقرارَ بالملك صورتُه أن يقول: هذا الشَّيءُ لفلانٍ، وهو إخبارٌ لا تمليكٌ. اهـ[2].

(قوله: "جَعَلْتُهَا مِلْكًا لَهُ") هذا إنَّما يتمُّ في أرضٍ مواتٍ، أو ملك السُّلطان، أمَّا إذا أقطعَه من غير ذلكَ؛ فللإمام أن يُخرِجَه متى شاءَ كما سلف ذلك في العُشْر والخراج. ط[3].

(قوله: القِيَاسُ: نَعَمْ) لأنَّه تمليكٌ يحتاجُ إلى القبول في المجلس، والقياسُ أن لا يَكفيَ الأمرُ بالكتابة، بل يقتضي أن يقول: ملَّكْتُه. وقولُه: (مقام حضوره) الأَوْلى: مقامَ قبوله.

(قوله: أَعْطَتْ زَوْجَهَا... إلخ) ولو كانت تدفعُ إليه فضَّةً عند الحاجة إلى النَّفقة أو شيئًا آخرَ وهو يُنفِقُه على عياله؛ ليس لها أن ترجعَ بذلك عليه.

---

(١) «كشف الرمز»: ج٢/ ق٢٩٨/ ب شهيد علي باشا.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٩.

(٣) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٩.

إنْ كانت وَهبَتْه أو أقرضَتْه؛ ليس لها أن تَستردَّ من الغريم، وإنْ أعطَتْه ليتصرَّفَ فيه على ملكها فلها ذلكَ، لا له.

دفعَ لابنه مالاً ليتصرَّفَ فيه، ففعلَ، وكَثُرَ ذلك، فماتَ الأبُ: إنْ أعطاه هبةً فالكلُّ له، وإلا فميراثٌ. وتمامُه في «جواهر الفتاوى».

(قوله: وَالقَوْلُ قَوْلُهَا) لأنَّها الدَّافعةُ، فهي أدرى بجهةِ الدَّفع؛ لأنَّها المملِّكةُ، ولا يُعلمُ إلا من جهتها، ولأنَّها مُنكرةٌ للتَّمليك، والقولُ للمنكرِ بيمينه، وفي الصُّورة الثَّانية القولُ للوارث؛ لِمَا في «جامع الفصولين»: ادَّعى على الميت ألفاً، فبرهَنَ وارثُه أنَّ الميتَ أعطاهُ ألفاً؛ يُقبلُ، والوارثُ يُصدَّقُ بأنَّه أعطاهُ بجهة الدَّين؛ لقيامه مقامَ مورِّثه، فيُصدَّقُ في جهة التَّمليك.

(قوله: إِنْ كَانَتْ وَهَبَتْهُ أَوْ أَقْرَضَتْهُ) ذكر في أوَّل الغصب: (رجلٌ كان يتصرَّفُ في غلَّات امرأته ويدفعُ ذهبَها بالمرابحة، ثم ماتتْ، فادَّعى ورثَتُها أنَّك كنتَ تتصرَّفُ في مالها بغير إذنها فعليك الضَّمانُ، فقال الزَّوجُ: بل بإذنها؛ فالقولُ قولُ الزَّوج؛ لأنَّ الظَّاهرَ شاهدٌ له)، أي: والظَّاهرُ يكفي للدَّفع. حموي[1].

قلتُ: وسيأتي في شتَّى الوصايا فيما لو عمرَ دارَ زوجته: أنَّه لو اختلفا في الإذن وعدمه فالقولُ للمنكر. تأمَّلْ. اهـ.

(قوله: لا لَهُ) أي: ليس للغريم أن يَأخذ ذلك المالَ.

(قوله: وَإِلَّا) أي: وإن لم يُعطِه هبةً، بأن أعطاهُ قرضاً، أو دفعَ إليه ليعملَ للأب.

(قوله: فَمِيرَاثٌ) فالأصلُ ميراثٌ، والرِّبحُ له.

(قوله: وَتَمَامُهُ فِي «جَوَاهِرِ الفَتَاوَى») وعبارتُه: أميرٌ وهبَ جاريةً لرجلٍ، فأخبرتْه أنَّها

---

(١) «غمز عيون البصائر»: ٣/ ٢٠٨.

بعثَ إليه بهديَّةٍ في إناءٍ: هل يُباحُ أكلُها فيه؟ إنْ كان ثريداً ونحوَه ممَّا لو حوَّلَه إلى إناءٍ آخرَ ذهبتْ لذَّتُه يُباحُ، وإلا فإن كان بينهما انبساطٌ يُباحُ أيضـاً، وإلا فلا.

كانت لتاجرٍ قتلَه عدوُّه واستولى عليه وتداولَتْها الأيدي، والموهوبُ له لا يجدُ ورثةَ المقتول وهو يَعلمُ أنَّه لو خلَّاها ضاعتْ، ولو أمسَكَها ربَّما يقعُ في فتنةٍ؛ فله أن يرفعَ الأمرَ إلى القاضي ليَبيعَها للغائب في ذي اليد، حتَّى إذا ظهرَ المالكُ كان له على ذي اليد الثَّمنُ. اهـ.

(قوله: وَإِلَّا) بأن كان فاكهةً ونحوه مما لا يذهبُ التَّحويلُ لذَّتَه.

(قوله: فَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا انْبِسَاطٌ يُبَاحُ أَيْضـًا) أي: كما يباحُ الأكلُ في إناء الثَّريد الذي تذهبُ لذَّتُه بالتَّحويل؛ يباحُ أيضـاً إذا كان بينهما انبساطٌ، أي: رفعُ كُلْفةٍ كما تقدَّم من أنَّ أحدَهما يدخلُ بيتَ الآخر بدون إذنه، ويأكلُ من طعامه، ويتناولُ أوانيَه وأشياءَه، وإلا فلا.

وكذا تُعتبرُ العادةُ والعرفُ في وِعاء الهديَّة كما في زماننا، فإنَّ الحاجَّ حين قدومه يُرسلُ هدايا لأصحابه فيرسلُ لهم ماءَ زَمْزَمَ بإناءٍ ثمينٍ من الصِّينيِّ، فإنَّ العادةَ جرتْ أن يأْخُذَها المهدى إليه مع وعائها، بخلافِ ما إذا أهدى رجلٌ لآخرَ عِنَبـاً في قوصرَّةٍ أو لبنـاً في وعاءٍ، فإنَّه يأخذُ العنبَ واللَّبنَ دون القوصرَّة والوعاء.

قال في «الهنديَّة»: ويقال: إذا بعثَ إليه هديَّةً في ظرفٍ أو إناءٍ وفي العادة ردُّ ذلك؛ لم يملِكْهما كالقِصَاع والجِراب وما أشبهَ ذلك، وإن كان من العادةِ أن لا يردَّ الظَّرفَ كقواصير التَّمْر؛ فالظَّرفُ هديَّةٌ أيضـاً لا يلزَمُه ردُّه. ثمَّ إذا لم يكن الظَّرفُ هديَّةً؛ كان أمانةً في يد المهدى إليه، وليس له أن يَستعملَه في غير الهديَّة، وله أن يأكلَ الهديَّةَ فيه إذا لم تَقتضِ العادةُ تفريغَه، فإن اقتضتْ تفريغَه وتحويلَه؛ لزمَه تفريغُه. اهـ[1].

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٣ عن «السراج الوهاج».

دعا قوماً إلى طعامٍ وفرَّقَهم على أخونةٍ؛ ليس لأهلِ خِوانٍ مُناولةُ أهلِ خوانٍ آخرَ، ولا إعطاءُ سائلٍ، ....

(قوله: لَيْسَ لِأَهْلِ خُوَانٍ) هو كغُرَابٍ وكِتابٍ: ما يُؤكَلُ عليه الطَّعامُ. «قاموس»[١].

(قوله: مُنَاوَلَةُ أَهْلِ خِوَانٍ آخَرَ) ولو ناوَلَ مَن معه على خوانه لا بأسَ به. قال الفقيهُ: هذا قياسٌ، وفي الاستحسان: إنَّ كلَّ مَن كان في تلك الضِّيافة إذا أعطاهُ جازَ، وبه نأخذُ. كذا في «الحاوي للفتاوى». اهـ «هندية»[٢]. وفيها: لو قال الوكيلُ: لا أسلمُ من تناولَ مالَكَ، فقال الآمرُ: أنت في حِلٍّ من تناوُلِك منه من درهمٍ إلى مائةِ درهمٍ؛ ليس له أن يأخُذَ مائةً أو خمسين جملةً، وله أن يتناوَلَ من المأكول والمشروب والدَّراهم ما لا بُدَّ منه، ولو أهدى رجلٌ إلى مُقرِضِه شيئاً، فإن لم يُهْدِ قبل القرض كُرِهَ القبولُ. اهـ[٣].

أقول: أي: كالقاضي، فإنَّه ليس له أن يتناوَلَ هديَّةَ مَنْ ليس له عادةٌ في مهاداته قبل تقلُّدِه القضاءَ.

(قوله: وَلَا إِعْطَاءُ سَائِلٍ... إلخ) هو ليس خاصّاً بأهلِ الأَخْوِنة، بل مطلقُ الضَّيف، فهو تعميمٌ بعد تخصيصٍ، أمَّا أهلُ الأخونة؛ فإنَّه قد خُصَّ كلُّ قومٍ بطعامٍ أُذِنَ لهم فيه، فإذا أطعمَ أهلَ خوانٍ آخرَ؛ فقد أباحَه لغيرِ مَن أباحَ له المضيفُ، وفيه إضرارٌ بجماعته؛ لأنَّ حقَّهم قد تعلَّقَ به بإباحة ربِّ المنزل إيَّاهم، وربَّما يكون الطَّعامُ لا يَكفيهم، ففي إطعام أهل الخوان الثَّاني تصرُّفٌ في مال غيره بغير إذنه وإضرارٌ برُفقته. فبالنَّظَر إلى الشقِّ الأوَّل لو كان بينه وبين ربِّ المنزل مُباسطةٌ بحيث يَسوِّغُ له إطعامَ طعامه بغير إذنه؛ جازَ له

(١) «القاموس المحيط»: ص١١٩٤.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٣.

(٣) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٣- ٣٨٤ عن «الملتقط».

وخادمٍ، وهرَّةٍ لغير ربِّ المنزل، ولا كلبٍ ولو لربِّ المنزل، إلا أن يُناوِلَه الخبرَ المحترقَ للإذن عادةً. وتمامُه في «الجوهرة».

إطعامُ أهل الخوان الثَّاني، وبالنَّظَر لحقِّ رفقائه لا يجوزُ. وأمَّا إطعامُ أهل خوانه؛ فجائزٌ؛ لأنَّ ربَّ المنزل أباحَه لهم. وأمَّا إعطاءُ السَّائل؛ فإنَّه افتياتٌ على ربِّ المنزل، فلا يجوزُ إلا إذا كان بينهما مباسطةٌ بحيث يعلمُ أنَّه يَرضى بتصرُّفه في ماله، كما قال تعالى: ﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾[النور: ٦١]، فإنَّه ذُكرَ في تفسيره أنَّ معناهُ ـ والله أعلمُ ـ: له أن يَدخلَ دارَ صديقه ويضيفَ من طعامه بغير إذنه إذا وَثِقَ برضاهُ بذلك، فإطعامُ من ذُكِرَ بالأَوْلى.

(قوله: وَخَادِمٍ) أي: ممن هو قائمٌ على رأس المائدة. «جوهرة»[1]. فأفادَ أنَّ ذلك في خدمة ربِّ المنزل، فغيرُهم أَوْلى. وقد صوَّرَ هذه المسألةَ في الضَّيْف، وأدرَجَها المؤلِّفُ في مسألة أهل الخوان؛ لأنَّهم ضيوفٌ. ط[2].

(قوله: لِغَيْرِ رَبِّ المَنْزِلِ) فإن كانت هرَّةَ صاحبِ البيت جازَ استحساناً. «جوهرة»[3].

(قوله: وَتَمَامُهُ فِي «الجَوْهَرَةِ») وعبارَتُها: رجلٌ كتبَ إلى آخرَ كتاباً وذكرَ فيه: اكتبِ الجوابَ على ظهره؛ لزمَه ردُّه، وليس له التَّصرُّفُ فيه، وإلا مَلكَه المكتوبُ إليه عرفاً[4]. رجلٌ ماتَ وبعثَ إلى ابنه كَفَناً ليُكفِّنَه فيه: هل يملكُه حتَّى يكون له أن يُكفِّنَه في غيره ويُمسِكَه لنفسه؟ إن كان الميتُ ممن يتبرَّكُ بتكفينه لفقهٍ أو ورعٍ؛ فإنَّ الابنَ لا يملِكُه، وإن كفَّنَه في غيره؛ وجبَ عليه ردُّه على صاحبه، وإن لم يكن كذلك؛ جاز للابن أن يَصرِفَه إلى حيث أحبَّ. اهـ.

---

(١) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٣٣.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤٠٩.

(٣) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٣٣.

(٤) «الجوهرة النيرة»: ١/ ٣٣٣.

وفي «الأشباه»: لا جَبرَ على الصِّلاتِ إلا في أربعٍ: شُفعةٍ، ونفقةِ زوجةٍ، ....

(قوله: لا جَبْرَ عَلَى الصِّلَاتِ) بكسر الصاد جمع صِلَةٍ، وهي عبارةٌ عن أداءِ مالٍ ليس بمقابلةِ عِوَضٍ ماليٍّ كالزَّكاة وغيرها من النُّذور والكفَّارات. انتهى «معراج»[1]. لكن لا يظهرُ ذلك في الشُّفعة. ط[2].

(قوله: شُفْعَةٍ) فيجبُ على المشتري تسليمُ العقار إلى الشَّفيع مع أنَّها صِلَةٌ شرعيَّةٌ، ولذا لو ماتَ الشَّفيعُ بطلتِ الشُّفعةُ. «أشباه»[3]. وإنَّما وجبتْ صِلَةً للشَّفيع لجِواره بأحد الوجوه الثَّلاثة دفعاً للضَّرر عنه، ومع ذلك يأخُذُها جبراً من البائع إن كانت في يده أو من المشتري.

(قوله: وَنَفَقَةِ زَوْجَتِهِ) لأنَّها وإن كانت صلةً من وجهٍ، إلا أنَّها عِوَضٌ من وجهٍ آخرَ؛ لأنَّها جزاءُ الاحتباس. «ذخيرة». ويُجبرُ عليها ولو بالحبس. بيري[4]. ومثلُها: نفقةُ القرابة والوِلاد، بل هي أَوْلى من نفقة الزَّوجة؛ لأنَّها صلةٌ محضةٌ، أمَّا نفقةُ الزَّوجة؛ فلها شَبَهٌ بالأجرة؛ لأنَّ فيها جزاءَ الاحتباس. قال الصَّدرُ الشَّهيدُ: إذا مات الزَّوجُ؛ بطَلَ ما كان عليه واجبا من النَّفقة، ولم تأخذْ ذلك من ميراثه؛ لأنَّ أصلَ ذلك لم يكن مالاً، وإذا لم يكن مالاً كانت النَّفقةُ في حقٍّ وصفيَّة الماليَّة صلةً، والصِّلاتُ لا تتمُّ إلا بالتَّسليم، وإذا ماتَ قبل التَّسليم تَسقطُ. فإن قيل: لو كانت صلةً كيف يُجبرُ الزَّوجُ على التَّسليم؟ قلنا: يجوزُ أن يُجبَرَ، ألا ترى أنَّه من أوصى أن يُوهبَ عبدُه من فلانٍ بعد موته، فمات الموصي،

(١) «معراج الدراية»: كتاب الحج: ٣/ ٤٤٨.

(٢) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤١٠.

(٣) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٤ عن «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد من النفقات.

(٤) «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٢٨٩، والجملةُ الأخيرةُ منقولة عن «البدائع».

وعينٍ مُوصىً بها، ومالِ وقفٍ وقد حرَّرتُ أبياتَ «الوهبانيَّة» على وفقِ ما في «شرحها»

فإنَّ الورثةَ يُجبرون على تنفيذ الوصيَّة في العبد وإن كانت صلةً، ولو مات العبدُ تبطلُ الوصيَّةُ؟ انتهى.

أقول: وقدَّمْنا في أوائل باب الرُّجوع في الهبة عند قول المصنِّف: (والميمُ موتُ أحد العاقدَيْن) وذكرَ الشَّارحُ ثمَّةَ ما يسقطُ بالموت، ونقلنا ثمَّةَ عن «حاشية أبي السعود»: أنَّ المرادَ من النَّفقة التي تسقطُ: غيرُ المستدانة بأمر القاضي، أمَّا هي فقد جزمَ في «الظهيريَّة» بعدم السُّقوط، وصحَّحَه في «الذَّخيرة»... إلى آخر ما قدَّمْناه، فارجعْ إليه.

(قوله: وَعَيْنٍ مُوصىً بِهَا) فيجبُ على الوارث دفعُها إلى الموصى له بعد موت الموصي. «أشباه»[1]. ولم يجزِ الجبرُ فيها على الواصل، فإنَّها صلةٌ من الموصي، والجبرُ يَجري على الوصيِّ والوارث، وليس هو ذا الصِّلَة، بل متعرِّضٌ لمال غيره؛ لأنَّ الوصيَّةَ مُستحقَّةٌ للموصى له، وكذا مالُ الوقف، فإنَّ الصِّلةَ من الواقف والجبرَ على المتولِّي، فلا خصوصيَّةَ للجبر فيهما، بل كلُّ من كان في يده صلةٌ من شخصٍ لآخَرَ يُجبرُ على تسليمها إليه.

(قوله: وَمَالِ وَقْفٍ) فإنَّه يجب على النَّاظر تسليمُه للموقوف عليه مع أنَّه صلةٌ محضةٌ إن لم يكن في مقابلةِ عملٍ، وإلا ففيه شائبَتُها. انتهى «أشباه»[2]. ويزادُ ما تُؤدِّيه العاقلةُ من الدِّية، فإنَّ الإيجابَ على العاقلة بطريق الصِّلة. بيري[3].

(قوله: وَقَدْ حَرَّرْتُ أَبْيَاتَ «الوَهْبَانِيَّةِ») ركَّبَ أشطارَ بيوتٍ على أشطار بيوتٍ أُخَرَ،

---

(١) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٤.

(٢) «الأشباه والنظائر»: ص٢٢٤.

(٣) «عمدة ذوي البصائر»: ٢/ ٢٨٩ عن «الإيضاح».

للشُّرنبلاليِّ، فقلتُ:

وَوَاهِبُ دَيْنٍ لَيْسَ يَرْجِعُ مُطْلَقًا وَإِبْرَاءُ ذِي نِصْفٍ يَصِحُّ المُحَرَّرُ

وحذفَ بعضَ ما يحتاجُ إليه منها، وزادَ فيها ما ليس منها. وقولُه: (لم يُوفِ) بإسكان الواو، وقوله: (يؤخذْ) بإسكان الذال، وقولُه: (وعنديَ) بفتح الياء. ط[1].

(قوله: **لَيْسَ يَرْجِعُ مُطْلَقًا**) أي: سواءٌ قَبِلَ المديونُ أو لم يقبلْ بل سكتَ، فإنَّ سكوتَه يكون قبولاً حكماً، وسواءٌ ثَمَّ كان مانعٌ في الرُّجوع أو لا؛ لأنَّها إسقاطٌ، والسَّاقطُ يكون مُتلاشياً، فلا يتحقَّقُ الرُّجوعُ فيه كالإبراء، وكما لو هلكَ الموهوبُ. والإبراءُ يتمُّ من غير تصريحٍ بالقبول، فيكون صريحاً ودلالةً، ومن المشايخ من جعلَ هبةَ الدَّين كالإبراء، فتتمُّ بلا صريحِ قبولٍ، ويرتدُّ كلٌّ من الإبراء والهبة بالردِّ كما في «الشُّرنبلاليَّة»[2]. وقال ابنُ شُجاعٍ: لا يعملُ ردُّه. وجرى المصنِّفُ على إطلاق السُّقوطِ، ويظهرُ لك ممَّا في «الشُّرنبلاليَّة» ما في كلام «البحر» حيث قال أوَّلَ باب الرُّجوع: وأطلقَ الهبةَ، فانصرفتْ إلى الأعيان، فلا رجوعَ في هبة الدَّين للمديون بعد القبول، بخلافه قبلَه؛ لكونها إسقاطاً. انتهى[3]. وكأنَّه اشتبهَ عليه الردُّ بالرُّجوع. تأمَّلْ. وقدَّمْناه أوَّلَ باب الرُّجوع.

(قوله: **وَإِبْرَاءُ ذِي نِصْفٍ يَصِحُّ**) صورتُه: لهما دَيْنٌ على رجلٍ، قال أحدُهما له: "وهبتُكَ نصيبي"؛ جازَ فيه، وإن قال: "وَهبتُكَ نصفَ الدَّين" مطلقاً عن إضافته إليه؛ اختلفتِ الرِّوايةُ: في روايةٍ: يَنفذُ في الرُّبُع، كما لو وَهبَه نصفَ العبد المشترك، فيَصرفُ إليه الهبةَ، أو تُصرفُ إلى الكلِّ في إطلاقه هبةَ نصف الدَّين، وهو ظاهرُ الرِّواية. «شرنبلاليَّة»[4]. فلذا

---

(١) «حاشية الطحطاوي»: ٣/ ٤١٠.

(٢) «تيسير المقاصد»: ص٤٨٨.

(٣) «البحر الرائق»: ٧/ ٢٩١.

(٤) «تيسير المقاصد»: ص٤٩٠.

عَلَى حَجِّهَا أَوْ تَرْكِهِ ظُلْمَهُ لَهَا   إِذَا وَهَبَتْ مَهْراً وَلَمْ يُوفِ يَخْسَرُ

أطلقَ الشَّارحُ قولَه: (وإبراء ذي نصفٍ)؛ ليَشملَ قولَه: وهبتُكَ نصيبي، وبه يَسقطُ نصيبُه بالاتِّفاق، وكذا قولُه: "أبرأتُكَ عن نصف الدَّين" في ظاهر الرِّواية.

وحاصلُه: أنَّه لو كان لاثنينِ دَيْنٌ مشتركٌ على شخصٍ، فأبرأهُ أحدُهما، فتارةً يقول: "أبرأتُكَ من نصيبي"، فهو كما قال اتِّفاقًا، وتارةً يقول: "وهبتُكَ نصفَ الدَّين" من غير إضافةٍ، وظاهرُ الرِّواية أنَّه كالأوَّل، وقيل: يكون إبراءً من نصف النِّصف، وهو الرُّبُعُ.

(قوله: **المُحَرَّرُ**) أي: هذا هو المحرَّرُ.

(قوله: **عَلَى حَجِّهَا**) متعلِّقٌ بـ(وهبتْ)، وصورتُه: تركتْ مهرَها للزَّوْج على أن يحجَّ بها، فلم يحجَّ؛ فالمفتى به أنَّه لا يَبرأُ؛ لأنَّ الرِّضى بالهبة كان بشرط العِوَض، فإذا انعدمَ العوضُ؛ انعدمَ الرِّضى، والهبةُ لا تصحُّ بدون الرِّضى.

(قوله: **أَوْ تَرْكِهِ ظُلْمَهُ لَهَا**) يعني: لو قالت لزوجها: "وهبتُ مهري منك على أن لا تظلِمَني"، فقَبِلَ؛ صحَّتِ الهبةُ، فلو ظَلَمَها بعد ذلك؛ فالهبةُ ماضيةٌ كما في «شرح الواقعات»، ونسبه إلى أبي بكر الإسكاف وأبي القاسم الصَّفَّار، وعلَّلَه قاضيخان: بأنَّه تعليقُ الهبة بالقبول، فإذا قَبِلَ تمَّتِ الهبةُ، فلا يعودُ المهرُ بعد ذلك. وفي «الأجناس»: وابنُ مقاتلٍ قال: مهرُها عليه على حاله إن ظَلَمَها؛ لأنَّها لم تَرْضَ بالهبة إلا بهذا الشَّرط، فإذا فاتَ الشَّرطُ فاتَ الرِّضى. ثمَّ قال: والحاصلُ: أنَّه لا فرقَ على ما عليه الفتوى بين مسألة الظُّلْم ومسألة الحجِّ كما صرَّح به قاضيخان. عبدُ البرِّ[1].

(١) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٦٠- ٦١.

مُعَلِّقُ تَطْلِيقٍ بِإِبْرَاءِ مَهْرِهَا وَإِنْكَاحِ أُخْرَى..........

(قوله: مُعَلِّقُ تَطْلِيقٍ... إلخ) ليس هذا في «الوهبانيَّة» أصلاً، وإنَّما هي مسألةٌ سُئلَ عنها الشُّرنبلاليُّ ونَظمَها، وهي: قال لها: متى نكحتُ عليكِ أخرى وأبرأْتِني من مهركِ فأنت طالقٌ، فهل إذا ادَّعى أنَّه أوفاها المهرَ فلم يبقَ ما تُبرِيه عنه وأنكرتْ يُقبلُ في عدم الحنث؟ وإن لم يُقبلْ بالنَّظَر لسُقُوط حقِّها كما يُقبلُ قولُه لو اختلَفا في وجود الشَّرط. فأجابَ: إن ردَّ الإبراءَ لم يحنثْ؛ لأنَّه لو كان كما ادَّعتْ فردَّه؛ أبطلَه، وإن كما ادَّعى؛ فالردُّ معتبرٌ لبطلان الإبراء المقتضِي للحنث، وإنَّما اعتبَرَ الردُّ مع دعوى الدَّفع؛ لِمَا يأتي إذا قبضَ دَيْنَه ثم أبرأَ غريمَه وقَبِلَ؛ صحَّ الإبراءُ، ويرجعُ عليه بما قبضَ. اهـ ملخَّصاً[1]. أي: ومفهومُه: لو لم يَقبلْ لم يصحَّ الإبراءُ، أي: فلم يحنثْ. قال: وإنَّما سَطرتُه دفعاً لِمَا يُتوهَّمُ من الحنث بمجرَّد الإبراء.

ونقل الشَّارحُ آخرَ باب التَّعليق: (بقيَ: ما يُكتبُ في التَّعاليق: متى نَقلَها أو تزوَّجَ عليها وأبرأَتْه من كذا أو من باقي صداقها، فلو دفعَ لها الكلَّ هل تبطلُ؟ الظَّاهرُ لا؛ لتصريحهم بصحَّة براءة الإسقاط والرُّجوعِ بما دفعه). اهـ. وكتب عليه سيدي ثمَّةَ: (قولُه: "فلو دفعَ لها الكلَّ" أي: كلَّ الدَّين المعبَّر عنه بقوله: "مِنْ كذا"، أو كلَّ باقي الصَّداق. وقولُه: "هل تبطلُ" أي: اليمينُ المذكورةُ، ووجهُ التَّوقُّف: أنَّ الطَّلاقَ معلَّقٌ على شرطين، وهما النَّقلُ والإبراءُ أو التَّزوُّجُ والإبراءُ، فإذا وُجِدَ أحدُهما؛ فلا بُدَّ من وجود الآخر، وهو الإبراءُ، مع أنَّ المبرَأَ عنه قد دفعَه لها. وقولُه: "لتصريحهم... إلخ" قال في «الأشباه»: الإبراءُ بعد قضاء الدَّين صحيحٌ؛ لأنَّ السَّاقطَ بالقضاء المطالبةُ لا أصلُ الدَّين، فيرجعُ المديونُ بما

(١) «تيسير المقاصد»: ص٤٨٩.

....لَوْ يُرَدُّ فَيَظْفَرُ

وَإِنْ قَبَضَ الإِنْسَانُ مَالَ مَبِيعِهِ فَأَبْرَأَ يُؤْخَذُ مِنْهُ كَالدَّيْنِ أَظْهَرُ

أَدَّاهُ إذا أبرأه براءةَ إسقاطٍ، وإذا أبرأه براءةَ استيفاءٍ؛ فلا رجوعَ، واختلفوا فيما إذا أطلَقَها، وعلى هذا لو علَّقَ طلاقَها بإبرائها عن المهر ثمَّ دفعه لها؛ لا يبطلُ التَّعليقُ، فإذا أبرأَته براءةَ إسقاطٍ وقعَ ورجعَ عليها. انتهى. والحاصلُ: أنَّ الدَّينَ وصفٌ في ذمَّةِ المديون، والدَّينُ يُقضى بمثله، أي: إذا أوفى ما عليه لغريمِهِ ثبتَ له على غريمه مثلُ ما لغريمه عليه، فتَسقطُ المطالبةُ، فإذا أبرأه غريمُه براءةَ إسقاطٍ؛ سقطَ ما بذِمَّته لغريمه، فتثبتُ له مطالبةُ غريمه بما أوفاهُ، فقد صحَّت البراءةُ بعد الدَّفع، فلا يبطلُ اليمينُ، بل يتوقَّفُ الوقوعُ على البراءة، بخلافِ ما إذا أبرأه براءةَ استيفاءٍ؛ لأنَّها بمعنى إقراره باستيفاء دَيْنه، وبابُه لا مطالبةَ له عليه، فلا يرجعُ عليه المديونُ لعدم سقوط ما بذمَّتِه بذلك، وأمَّا لو أطلقَ؛ فينبغي في زماننا حملُها على الاستيفاء لعدم فهمهم غيرَها)[1].

(قوله: **لَوْ يُرَدُّ فَيَظْفَرُ**) الأَوْلى أن يقول: فادَّعى الدَّفعَ يظفرُ.

(قوله: **وَإِنْ قَبَضَ الإِنْسَانُ... إلخ**) أي: قبضَ البائعُ الثَّمنَ، وهو المرادُ بمال مبيعه، أي: مالٌ بدلاً عن مبيعه، ثمَّ أبرأَ المشتري عنه؛ يَرجعُ المشتري على بائعه بما دفعَ عليه، والدَّائنُ إذا قبضَ دَيْنَه ثم أبرأَ المدين عنه؛ صحَّ، ويَرجعُ المديونُ على الدَّائن بما قبضَ منه. قال العلَّامةُ عبدُ البرِّ: صورةُ الأولى: باعَ وقبضَ الثَّمنَ من المشتري، ثم أبرأَ البائعُ المشتريَ من الثَّمَن بعد القبض؛ يصحُّ إبراؤه، ويرجعُ المشتري على البائع بما كان دَفعَه إليه من الثَّمَن. والثَّانيةُ: لو أبرأَ الدَّائنُ المديونَ بعد إيفاء الدَّين وقَبضِه؛ صحَّ ورجعَ المديونُ عليه.

(١) «رد المحتار»: ٧/ ٦٧٧ - ٦٧٨.

وَمِنْ دُونِ أَرْضٍ فِي البِنَاءِ صَحِيحَةٌ ... وَعِنْدِيَ فِيهِ وَقْفَةٌ فَيُحَرَّرُ

والأصلُ فيه: أنَّ الدُّيونَ تُقضى بأمثالها لا بأعيانها، فإذا أبرأ ممَّا في الذِّمَّة؛ بَقيَ ما قَبضه لا في مقابلةِ شيءٍ، فيستحقُّ المطالبةَ ويلزمُه ردُّه إذا طالَبه به. اهـ[1].

أقول: وفيه بحثٌ؛ لأنَّه لو حلفَ أن لا دَيْن عليه أو له بعد القبض؛ لا حنثَ لتقاضيه بما قبضَه عمَّاله. وفي «فصول العمادي»: إنَّ الرُّجوعَ بالإبراء بعد القبض اختيارُ شمس الأئمَّة السَّرخسيِّ والصَّدر الشَّهيد. وذكر خُواهر زادهْ: أنَّه لا يَرجعُ، وهو اختيارُ بعض المشايخ. انتهى. فما ذكره في البيت فيه اختلافُ أهل التَّرجيح كما ترى، ولَمَّا تبعَ الشَّارحُ ابنَ وهبان اقتداءً بمن نقلَ هذا القولَ عنهم عن أجلَّاء أئمَّةِ المذهب؛ جَعلَه هو الأظهرَ كما قال: (وأشرتُ بأظهر لِمَا في العماديَّة... إلخ).

(قوله: وَمِنْ دُونَ) متعلق هو، وقولُه: (في البناء) بـ(صحيحة)، و(صحيحة) خبرٌ لمبتدأٍ محذوفٍ تقديرُه: هي أي: الهبةُ.

(قوله: وَعِنْدِي فِيهِ وَقْفَةٌ) أصلُها للعلَّامة عبد البرِّ بعد أن قال: إنَّ المسألةَ منقولةٌ عن «الذَّخيرة» و«المنية» و«التَّتمَّة»، وعلَّلَه في «التَّتمَّة» بما في كتاب الشُّفعة: إنَّ المشتريَ إذا قال: اشتريتُ الأرضَ والبائعُ وَهَبَني البناءَ، وقال الشَّفيعُ: بل اشتريتَهُما؛ فالقولُ قولُ المشتري. ثم قال: وعندي في الاستدلال به نظرٌ؛ لأنَّه قد يُدَّعى أنَّ الصحَّةَ هنا إنَّما جاءتْ من قِبَل تقدُّم ملكه للأرض، وينبغي أن لا يصحَّ هبةُ البناء بدون الأرض؛ لأنَّ القبضَ شرطٌ في الهبة، وهذا بمنزلة المشاع، ألا تراهم قالوا: إنَّ هبةَ النَّخل بدون الأرض لا تصحُّ؛ لأنَّ القبضَ شرطُ هبة المشاع، وقد صرَّحوا في كتاب الرَّهن: بأنَّ رهنَ البناء دون الأرض وعكسه لا يصحُّ؛ لأنَّه بمنزلة المشاع. انتهى[2]. وفي «الهندية» عن «الكافي»: لو وهبَ

(١) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٥٩.

(٢) «تفصيل عقد الفرائد»: ٢/ ٦١.

قلتُ: وجهُ توقُّفي: تصريحُهم في كتاب الرَّهْن: بأنَّ رهنَ البناء دون الأرض وعكسَه لا يصحُّ؛ لأنَّه كالشَّائع. فتأمَّله، وأشرتُ بـ"أظهر" لِمَا في «العماديَّة» عن خُواهر زادهْ: أنَّه لا يَرجعُ، واختارَه بعضُ المشايخ، "فيظفر" أي: بنكاح ضرَّتها؛ لأنَّه بردِّه للإبراء أبطلَه، فلا حِنثَ. فليُحفظْ. انتهى.

زرعـًا في أرض، أو ثمراً في شجرٍ، أو حِليةً في سيفٍ، أو بناءً في دارٍ، أو قفيزاً من صَبُرةٍ، وأمرَه بالحصاد والجذاذ والنَّزع والنَّقض والكيلِ وفَعَلَ؛ صحَّ استحساناً، ويُجعلُ كأنَّه وَهبَه بعد الجذاذ والحصاد ونحوهما، وإن لم يأذنْ له بالقبض وفَعَلَ؛ ضَمِنَ. انتهى[1]. وتعيَّنَ المصيرُ إلى هذا التَّفصيل، وتُحملُ الصحَّةُ على صحَّة العقد وإن لم يُفِدِ الملكَ، وعدمها على عدم التَّمام والتَّملّك، إلا إذا أذنَ له الواهبُ بالنَّقْض وما عطفَ عليه وفعلَ؛ لأنَّه بعد الفعل صارَ مَحوزاً مُسلَّماً كما قدَّمْناه موضحاً، فارجعْ إليه.

(قوله: وَأَشَرْتُ بِـ"أَظْهَرُ") أي: في قوله سابقاً: (كالدَّين أظهر)، أي: وهذا أظهرُ.

(قوله: أَنَّهُ لا يَرْجِعُ) أي: بالدَّين بعد الإبراء.

(قوله: لِمَا فِي «العِمَادِيَّةِ») هذا ما أشرْنا إليه سابقاً من مخالفةِ ما فيها وإن اختاره البعضُ.

(قوله: أَيْ: بِنِكَاحِ ضَرَّتِهَا) أي: ببقاء نكاحها مع نكاح ضرَّتها من غير طلاقٍ يقعُ عليه، أي: فيما قدَّمْناه في مسألة التَّعليق وردِّ الإبراء، حيث كان المعلَّقُ طلاقَها، لا طلاق الضرَّة، وفيما ذكره بعد قوله: (فلا حنثَ). وعبارةُ الشُّرنبلاليِّ: أي: لقهرِ المرأة لبقائها في نكاحه مع الضرَّة[2]، وهو الأنسبُ حيث كان المعلَّقُ طلاقَها لا طلاقَ الضرَّة.

(قوله: فَلَا حِنْثَ) أي: فلا يقعُ عليه طلاقٌ.

---

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٨٠.

(٢) «تيسير المقاصد»: ص٤٨٩.

خاتمةٌ: قال الطَّحاويُّ: إذا كانت الهديَّةُ لا تَحتملُ القسمةَ كالثَّوب، أو مما لا يُؤكلُ في الحال كاللَّحم ونحوه؛ لم يجعلْ لأصحابه منه شيئاً، وإن كان مُهيَّأً للأكل في الحال يجعلُ لأصحابه من ذلك حظّاً ويمسكُ البقيَّةَ لأهله. كذا في «التاترخانيَّة»(١).

فروعٌ: قال: "جعلتُكَ في حِلِّ السَّاعةَ" أي: في الدُّنيا؛ برئَ في السَّاعات كلِّها والدَّارين. «خلاصة». لو قال: "لا أُخاصمُكَ ولا أطلبُكَ ما لي قِبَلَك"، قالوا: ليس هذا بشيءٍ، وحقُّه عليه على حاله. «حاوي».

رجلٌ سيَّبَ دابَّتَه لعلَّةٍ، فأخذَها إنسانٌ وأصلَحَها؛ فهي لمن سيَّبَها، وإن قال: "مَن شاءَ فليأخُذْها"، فأخذَها رجلٌ؛ فهي له، قال الفقيهُ أبو الليث: الجوابُ هكذا إذا قال لقومٍ معيَّنين: "مَن شاءَ منكم فليأخُذْها"، وإن لم يقل ذلكَ لقومٍ معيَّنين، أو لم يقل ذلك أصلاً؛ فالدابَّةُ على ملك صاحبها، وله أن يأخُذَها أين وَجدَها. وفي «الفتاوى» ذكرَ المسألةَ مطلقةً من غير تفصيلٍ بين ما إذا قال ذلك القولَ أو قال مطلقاً. كذا في «المحيط»(٢).

غصبَ عيناً، فحلَّلَه مالكُها من كلِّ حقٍّ هو له قِبلَه، قال أئمَّةُ بلخ: التَّحليلُ يقعُ على ما هو واجبٌ في الذِّمَّة، لا على عينٍ قائمٍ. كذا في «القنية».

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا كان لرجلٍ على آخرَ مالٌ، فقال: "قد حلَّلْتُه لك"، قال: هو هبةٌ، وإن قال: "حلَّلْتُكَ منه"، فهو براءةٌ. كذا في «الذَّخيرة».

---

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٩٦.

(٢) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٤٤.

في «نوادر هشام» رَحِمَهُ ٱللَّهُ في سرقينٍ لدابَّةٍ في الخان: إذا وَهبَها صاحِبُها فهي لمن أخَذَها، ولا يكون صاحبُ الخان أَوْلى بها. كذا في «التاترخانيَّة»[1].

رجلٌ عليه دَيْنٌ، فماتَ قبل القضاء، فوهبَ صاحبُ الدَّين لوارث المديون صحَّ، سواءٌ كانت التَّركةُ مستغرقةً أم لم تكن. كذا في قاضيخان. لأنَّه وهبَ ممن عليه الدَّين معنىً؛ لأنَّه يملكُ التَّركةَ إن لم تكن مستغرقةً بالدَّين، وإن كانت فللوارثِ فيها حقٌّ، وهو استحسانٌ. ولو ردَّ الوارثُ الهبةَ؛ ترتدُّ بالردِّ، خلافاً لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ. وقيل: لا خلافَ فيه، وإنَّما الخلافُ فيما إذا وهبَه من الميِّت فردَّه وارثُه. وقال قبله: غريمُ الميت أبرأَ الميتَ عن دَيْنه، فردَّ وارثُه؛ لم يصحَّ ردُّه كما في «جامع الفصولين».

ولو وهبَ لبعض الورثة؛ فالهبةُ لكلِّهم، ولو أبرأَ الوارثَ صحَّ أيضاً. كذا في «الوجيز» للكردريِّ.

وفي «فتاوى آهو»: لو أبرأَ الغريمُ أحدَ الورثة من الدَّين؛ صحَّ في نصيبه.

وفي «الخزانة»: عقدانِ يكون الموتُ فيهما بمنزلةِ القبول: في هبة الدَّين من المديون إذا لم يقبَلْه حتَّى مات المديونُ، والوصيَّة إذا لم يقبَلْها الموصى له حتَّى ماتَ الموصي تجبُ الهبةُ والوصيَّةُ[2].

رجلٌ قال لمكاتبه: "وهبتُ لك مالي عليكَ"، فقال المكاتبُ: "لا أقبلُ"؛ عتقَ المكاتبُ والمالُ دَيْنٌ عليه. كذا في «السِّراج الوهَّاج».

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٣٩.

(٢) «خزانة الفقه»: ص٢٠٩.

وفي «فتاوى آهو»: سُئِلَ برهانُ الدِّين عمَّن مات مُفلِساً وعليه دَيْنٌ، فتبرَّعَ إنسانٌ بقضاء دَيْنه: هل يَسقطُ دَيْنُه؟ قال: لا؛ لأنَّ إسقاطَ السَّاقط لا يُتصوَّرُ؛ لأنَّه سقطَ بموته مفلساً، ولا يبطلُ حقُّ المطالبة في الآخرة. كذا في «التَّاترخانيَّة»[1].

بقرةٌ بين اثنين، تَراضَيا على أن تكون عند كلِّ واحدٍ خمسةَ عشرَ يوماً يحلبُ لبنَها؛ فهذه مهايأةٌ باطلةٌ، ولا يحلُّ فضلُ اللَّبن وإن جعل في حِلٍّ، إلا أن يستهلكَ صاحبُ الفضل فضلَه، ثمَّ جعلَه في حلٍّ، فحينئذٍ يحلُّ؛ لأنَّ الأوَّلَ هبةُ المشاع فيما يَحتملُ القسمةَ، فلم يجزْ، والثَّاني هبةُ الدَّين، وإنَّه يجوزُ وإن كان مشاعاً. كذا في «الفتاوى الحماديَّة».

العوضُ في الهبة نوعانِ: متأخِّرٌ عن العقد ومشروطٌ في العقد، أمَّا العوضُ المتأخِّرُ عن العقد؛ فالكلامُ فيه في موضعينِ: أحدهما: في بيان شرطِ جواز هذا التَّعويض وصيرورةِ الثَّاني عِوَضاً. والثَّاني في بيان ماهيَّةِ هذا التَّعويض. أمَّا الأوَّلُ؛ فله شرائطُ ثلاثةٌ: الأوَّلُ: مقابلةُ العوض بالهبة، وهو أن يكون التَّعويضُ بلفظٍ يدلُّ على المقابلة، نحوُ أن يقول: "هذا عِوَضٌ عن هبتك"، أو "بدلٌ عن هبتك"، أو "مكانَ هبتك"، أو "نَحَلتُك هذا عن هبتك"، أو "تصدَّقتُ بهذا بدلاً عن هبتك"، أو "كافأْتُكَ"، أو "جازَيْتُكَ"، أو "أَثَبْتُكَ"، أو ما يجري هذا المجرى، حتَّى لو وهبَ الإنسانُ شيئاً وقبضَه الموهوبُ له، ثمَّ إنَّ الموهوبَ له أيضاً وهبَ شيئاً للواهب ولم يقلْ: "عِوَضاً عن هبتك" ونحو ذلك ممَّا ذكرنا؛ لم يكن عِوَضاً، بل كان هبةً مبتدأةً لكلِّ واحدٍ منهما حقُّ الرُّجوع. والثَّاني: أن لا يكون العوضُ في العقد مملوكاً بذلك العقد، حتَّى لو عوَّضَ الموهوبُ له ببعض الموهوب لا يصحُّ ولا يكون عوضاً، وإن كان الموهوبُ قد تغيَّرَ عن حاله تغيُّراً يمنعُ الرُّجوعَ؛ فإنَّ بعضَ الموهوب

---

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٤٦.

يكون عِوَضاً عن الباقي، هذا[1] إذا وهبَ شيئاً واحداً أو شيئين في عقدٍ واحدٍ[2]، فعوّضَ أحدهما عن الآخر، فقد اختلفَ فيه، قال أبو حنيفةَ ومحمدٌ رحمهما الله تعالى: يكون عِوَضاً. ولو وهبَ له شيئاً وتصدَّقَ عليه بشيءٍ، فعوَّضَه الصَّدقةَ من الهبة؛ كانت عِوَضاً بالإجماع. والثَّالثُ: سلامةُ العوض للواهب، فإن لم يسلمْ أنَّه استحقَّ من يده لم يكن عِوَضاً، وله أن يرجعَ في الهبة إن كان الموهوبُ قائماً بعينه لم يهلكْ ولم يزددْ خيراً، أو لم يَحدثْ فيه ما يمنعُ الرُّجوعَ، فإن كان قد هلكَ أو استهلَكَه الموهوبُ له؛ لم يضمَنْه، كما لو هلكَ أو استهلكَه قبل التَّعويض، وكذا إذا ازدادَ خيراً لم يضمنْ. كذا في «البدائع»[3].

وإن استُحقَّ بعضُ العوض؛ فما بقيَ منه فهو عوضٌ عن الهبة كلِّها، وإن شاءَ رَدَّ ما في يده من العوض ويرجعُ بالهبة كلِّها إن كانت قائمةً لم تخرجْ عن ملك الموهوب له ولم يزدْ في بدنها[4]. كذا في «السِّراج الوهَّاج».

وأمَّا سلامةُ المعوَّض ـ وهو الموهوبُ ـ؛ فشرطُ التَّعويض، حتَّى لو استُحقَّ الموهوبُ؛ كان له أن يرجعَ فيما عوَّضَ، ولو استُحقَّ نصفُ الموهوب؛ فللموهوب له أن يَرجعَ في نصف العوض إن كان الموهوبُ مما يحتملُ القسمةَ، سواءٌ زادَ العوضُ أو نقصَ في السِّعْر، أو زادَ في البدن أو نقص[5] فيه؛ كان له أن يأخُذَ نصفَه ونصفَ النُّقصان. كذا في «البدائع»[6].

(١) في هامش بولاق: (قوله: هذا... إلخ، هكذا بالأصل، ولتحرر هذه العبارة).

(٢) في «الهندية» زيادة: (فأما إذا وهب شيئين في عقدين)، ولا بد منها.

(٣) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١٣٠.

(٤) في بولاق: (بدلها)، والتصويب من «الهندية».

(٥) في بولاق: (في البدل أو زاد)، والتصويب من «البدائع» و«الهندية».

(٦) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١٣١.

وإن قال: "أردُّ ما بقيَ من الهبة وأرجعُ في العوض كلِّه"؛ لم يكن له ذلك، وإن كان العوضُ مستهلكاً؛ ضمنَ قابضُ العوض بقَدْر ما وجبَ الرُّجوعُ للموهوب له به من العوض. كذا في «السِّراج الوهَّاج». وإذا استُحقَّ كلُّ الهبة والعوضُ مستهلكٌ؛ يضمنُ كلَّ قيمة العوض. كذا ذكرَ في «الأصل» من غير خلافٍ. كذا في «البدائع»[1].

هذا إذا كان الموهوبُ أو العوضُ شيئاً لا يَحتملُ القسمةَ فاستُحقَّ بعضُه، فأما إذا كان مما يحتملُ القسمةَ فاستُحقَّ بعضُ أحدهما؛ بطلَ العوضُ إن كان هو المستحقَّ، وكذا تبطلُ الهبةُ إن كانت هي المستحقَّةَ، وإذا بطلَ العوضُ رجعَ في الهبة، وإذا بطلتِ الهبةُ يرجعُ في العوض. هكذا في «السراج الوهاج».

الثَّاني: بيانُ ماهيَّته، فالتَّعويضُ المتأخِّرُ عن الهبة هبةٌ مبتدأةٌ بلا خلافٍ بين أصحابنا، يصحُّ بما تصحُّ به الهبةُ، ويبطلُ بما تبطلُ به الهبةُ، لا يخالِفُها إلا في إسقاط الرُّجوع على معنى: أنَّه يثبتُ حقُّ الرُّجوع في الأولى ولا يثبتُ في الثَّانية، فأمَّا فيما وراءَ ذلك فهو في حكم هبةٍ مبتدأةٍ، ولو وجدَ الموهوبُ له بالموهوب عيباً فاحشاً؛ لم يكن له أن يردَّ ويرجعَ في العوض، وكذلك الواهبُ إذا وجدَ بالعوض عيباً لم يكن له أن يردَّ العوضَ ويرجعَ في الهبة، فإذا قبضَ الواهبُ العوضَ؛ فليس لكلِّ واحدٍ منهما أن يرجعَ على صاحبه فيما ملكه، سواءٌ عوَّضَه الموهوبُ له أو أجنبيٌّ بأمر الموهوب له أو بغير أمره. كذا في «البدائع»[2].

---

(١) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١٣١.

(٢) «بدائع الصنائع»: ٦/ ١٣١.

....

ويُشترطُ شرائطُ الهبة في الابتداء في العِوَض بعد الهبة من القبض والحيازة والإفراز. كذا في «خزانة المفتين»(١).

ولا يكونُ في معنى المعاوضة ابتداءً وانتهاءً، فلا يثبتُ للشَّفيع الشُّفعةُ، ولا للموهوب له الردُّ بالعيب. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»(٢).

النَّوعُ الثَّاني: العوضُ المشروطُ في عقد الهبة، فإذا كانت الهبةُ بشرط العِوَض شُرطَ لها شرائطُ الهبة، حتَّى لا تصحَّ في المشاع الذي يَحتملُ القسمةَ، ولا يثبتُ بها الملكُ قبل القبض، ولكلِّ واحدٍ منهما أن يَمتنعَ من التَّسليم، وبعد التَّقابض يثبتُ لها حكمُ البيع، فلا يكون لأحدهما أن يرجعَ فيما كان له، ويثبتُ بها الشُّفعةُ، ولكلِّ واحدٍ منهما أن يردَّ بالعيب ما قبضَ، والصَّدقةُ بشرط العوض بمنزلة الهبة بشرط العوض، وهذا استحسانٌ، والقياسُ أن تكون الهبةُ بشرط العِوَض بيعاً ابتداءً وانتهاءً. كذا في «فتاوى قاضيخان».

وهبَ داراً من رجلين بشرط عوضِ ألفِ درهمٍ؛ ينقلبُ بيعاً جائزاً بعد التَّقابض. كذا في «القنية».

ولو عوَّضَ عن جميع الهبة قليلاً كان العوضُ أو كثيراً؛ فإنَّه يمنعُ الرُّجوعَ، ولو عوَّضَ عن بعض الهبة عن ملكه؛ فله الرُّجوعُ فيما لم يُعوَّضْ عنه، وليس له الرُّجوعُ فيما عوَّضَ. كذا في «شرح الطحاويِّ».

إذا تصدَّقَ الموهوبُ له على الواهب بصدقةٍ أو نحلةٍ أو أعمرَه، فقال: "هذا عِوضُ هبتكَ"؛ جازَ. كذا في «الصُّغرى».

---

(١) «خزانة المفتين»: ج٢/ ق٢٤٩/ ب محمد عاصم.

(٢) «المحيط الرضوي»: ٥/٥١٦.

ويجوز تعويضُ الأجنبيِّ سواءٌ كان بأمر الموهوب له أو بغير أمره، وليس للأجنبيِّ المعوِّض أن يرجعَ على الموهوب له، سواءٌ عوَّضَ بأمره أو بغير أمره، إلا أن يقول الموهوبُ له: "عوِّضْ فلاناً عنِّي على أنِّي ضامنٌ"، وهو كما لو قال: "هَبْ لفلانٍ عبدكَ هذا عنِّي"، فإنَّ المأمورَ لا يرجعُ على الآمر، إلا أن يقول له الآمرُ: "على أنِّي ضامنٌ". هكذا في «فتاوى قاضيخان».

والأصلُ في جنس هذه المسائل: أنَّ كلَّ ما يُطالبُ به الإنسانُ بالحبس والملازمة لا يكونُ الأمرُ بأدائه سبباً للرُّجوع من غير اشتراط الضَّمان، وكلُّ ما لا يُطالبُ به الإنسانُ بالحبس والملازمة لا يكونُ الأمرُ بأدائه سبباً للرُّجوع إلا بشرط الضَّمان. كذا في «الظهيريَّة».

ولو وهبَ له هبةً، فعوَّضَه عوضاً على غير شرطٍ، فقَبضَه، ثم استُحقَّ العوضُ؛ فله أن يَرجعَ في الهبة إن كانت قائمةً في ملك الموهوب له ولم تزددْ ولم يحدثْ فيها ما يمنعُ الرُّجوعَ فيها. كذا في «السِّراج الوهَّاج». وإن استُحقَّ العوضُ وقد ازدادتِ الهبةُ؛ لم يرجعْ. كذا في «الخلاصة». وإن كانت الهبةُ قد هلكتْ أو استهلكها الموهوب له؛ لم يضمَنْها في قولهم جميعاً. كذا في «السِّراج الوهَّاج». ولو وهبَ لرجلٍ ألفَ درهمٍ، فعوَّضَه الموهوبُ له درهماً من تلك الدَّراهم؛ لم يكن ذلك عِوَضاً عندنا، وكان له أن يرجعَ في هبته، وكذا لو كانت الهبةُ داراً، فعوَّضَه بيتاً منها. كذا في «فتاوى قاضيخان». وفي «الفتاوى العتابيَّة»: ولو وهبَ دارَه بشرط عوضٍ وقيمتُه ألفٌ، فباعها بألفين قبل نقد الثمن؛ أخَذَها الشَّفيعُ بألفينِ، ويدفعُ الموهوبُ له للواهب ما شرطَ أو قيمتَه، ولو حضرَ

....

الشَّفيعُ بعدما دفعَ المشروطَ إلى الواهب أخذَها به. كذا في «التَّاترخانية»[1].

رجلٌ وهبَ لرجلٍ ثوباً وخمسةَ دراهم، وسلَّمَ الكلَّ إليه، ثمَّ عوَّضَه الثَّوبَ أو الدَّراهم؛ لم يكن عِوَضاً عندنا استحساناً. كذا في «فتاوى قاضيخان». الكلُّ من «الهندية»[2]. وتمامُه فيها. وإنَّما ذكرتُ ذلك للوعد به فيما تقدَّمَ، وإن كان بعضُه قد تقدَّمَ.

وفيها: رجلٌ وهبَ لآخرَ أرضاً على أنَّ ما يخرجَ منها من زرعٍ ينفقُ الموهوبُ له ذلك على الواهب، قال أبو القاسم الصفَّارُ: إن كان في الأرض كرمٌ أو أشجارٌ؛ جازتِ الهبةُ ويبطلُ الشَّرطُ، وإن كانت الأرضُ قراحاً؛ فالهبةُ فاسدةٌ. كذا في «فتاوى قاضي خان». ولو كان الموهوبُ كرماً وشرطَ أن يُنفقَ عليه من ثمره؛ تصحُّ الهبةُ ويبطلُ الشَّرطُ. كذا في «محيط السَّرخسيِّ»[3]. وفي الإسبيجابيِّ: رجلٌ وهبَ لرجلٍ هبةً أو تصدَّقَ عليه بصدقةٍ على أن يردَّ عليه ثُلُثَها أو رُبُعَها أو بعضَها؛ فالهبةُ جائزةٌ، ولا يردُّ عليه ولا يعوِّضُه بشيءٍ. كذا في «التَّاترخانية»[4]. امرأةٌ قالت لزوجها: "إنَّك تغيبُ عنِّي كثيراً، فإن مكثتَ معي ولا تغيبُ فقد وهبتُ لك الحائطَ الذي في مكان كذا"، فمكثَ معها زماناً ثم طلَّقَها، فالمسألةُ على خمسةِ وجوهٍ: الوجهُ الأوَّلُ: إذا كانت عِدَةً منها لا هبةً للحال، ففي هذا الوجه لا يكون الحائطُ للزَّوج. الوجهُ الثَّاني: إذا وَهبتْ إليه وسلَّمتْ إليه ووَعَدَها أن يمكثَ معها، ففي هذا الوجه الحائطُ للزَّوج، وإن لم تُسلِّم الحائطَ إلى الزَّوج لا يكونُ له الحائطُ. الوجهُ

---

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٧٤.

(٢) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٣- ٣٩٥.

(٣) «المحيط الرضوي»: ٥/ ٥١٩.

(٤) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٧٦، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٦.

الثالثُ: إذا وَهبتْ على شرطِ أن يمكثَ معها وسلَّمتْ إليه وقَبِلَ الزَّوجُ، ففي هذا الوجه الحائطُ للزَّوْج، وهكذا ذكرَ الشَّيخُ أبو القاسمِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعلى قول نُصَيرٍ ومحمد بن مقاتلٍ رحمهما الله تعالى - وهو المختارُ -: لا يكون الحائطُ للزَّوْج. الوجهُ الرَّابعُ: إذا قالتْ: "وهبتُ لك إن مكثتَ معي"، ففي هذا الوجه لا يكون الحائطُ للزَّوج. الوجهُ الخامسُ: إذا صالَحَتْه على أن يمكثَ معها على أنَّ الحائطَ هبةٌ في هذا الوجه لا يكون الحائطُ للزَّوْج. كذا في «المحيط»[1]. وهبَته مهرَها إن لم يظلِمْها؛ فهو باطلٌ، بخلاف: على أن لا يَظلِمَها، ثمَّ إن ظَلَمَها عادَ؛ لأنَّها لم تَرْضَ إلا بهذا الشَّرط، فإذا فاتَ فاتَ الرِّضى، والفتوى على هذا. ولو قالتْ له: "أَوْلِمْ، فما أنفقتَ فيها - أي: الوليمةِ - فأنقِصْه من مهري"؛ فالأمرُ كما قالتْ. ولو قال: "أبرئيني حتَّى أهبَ لك كذا"، فأبرأتْ وأبى؛ يعودُ المهرُ. وسئل أبو جعفرٍ عمَّن منعَ امرأتَه عن المسير إلى أبوَيْها وهي مريضةٌ، فقال لها: "إن وهبتِ لي مهركِ أبعثْكِ إلى أبويك"، فقالت المرأةُ: "أفعلُ"، ثم قدَّمَها إلى الشُّهود، فوهبتْ بعضَ مهرها وأوصتْ بالبعض على الفقراء أو غير ذلك، وبعد ذلك لم يبعَثْها إلى أبوَيْها ومنعها، قال: الهبةُ باطلةٌ، قال الفقيهُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لأنَّها بمنزلة المكرَهَة في الهبة. كذا في «الحاوي للفتاوى». المرأةُ إذا أرادتْ أن يتزوَّجَها الذي طلَّقَها، فقال لها المطلِّقُ: "لا أتزوَّجُك حتَّى تهبيني ما لك عليَّ"، فوهبتْ مهرَها على أن يتزوَّجَها؛ فالمهرُ باقٍ على الزَّوج تزوَّجَها أو لم يتزوَّجْها؛ لأنَّها جعلتِ المالَ على نفسها عِوَضاً عن النِّكاح، وفي النِّكاح العوضُ لا يكون على المرأة. كذا في «فتاوى قاضيخان». ولو قال لربِّ الدَّين: "إذا متَّ فأنتَ في حِلٍّ"؛ فهو جائزٌ. كذا في

(١) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٥٥، «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٧.

....

«فتاوى قاضيخان». ولو قال: "إن متُّ فأنت بريءٌ من ذلك"؛ لا يبرأُ، وهو مخاطرةٌ، كقوله: "إن دخلتَ الدَّار فأنت بريءٌ مما لي عليكَ" لا يبرأُ. كذا في «الوجيز» للكردريِّ. أبرأه عن الدَّين الذي عليه ليصلحَ مهمَّةً عند السُّلطان؛ لا يبرأُ وهو رشوةٌ. كذا في «القنية». اهـ[1].

وفي الأنقرويِّ برمز عك: حملَ إلى خطيبةٍ أمتعةً من جنسِ ما يحملُ إليهنَّ في العادة، ودفعَ أهلُ الخطيبة إليه مثلَ ما حملَ إليهم؛ فلا رجوعَ لهم فيه إذا افترقوا، والمساهلةُ في مثل هذا عزيمةٌ فيما بينهم. «قنية»: بعثَ إليها شيئاً معيَّناً كما هو العادةُ، ثم تزوَّجَها ولم يدخلْ بها، وخلعتْ نفسَها منه بنصف المهر؛ فليس له طلبُ ما بعثَ إليها إذا عوَّضَتْه. مت: صحَّ له طلبُ المبعوث. مع: له طلبُ العِوَض إن لم تعوِّضْه. مع شس للسِّير الكبير: الرِّشوةُ لا تُملكُ[2]. عك وغيره: قاضٍ أو غيرُه دُفعَ إليه سحتٌ لإصلاح المهمِّ فأصلحَ ثم ندمَ؛ يردُّ ما دفعَ إليه. بخ: المتعاشقانِ يدفعُ كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه أشياءَ؛ فهي رشوةٌ لا يثبتُ الملكُ فيها، وللدَّافع استردادُها. وفي «خلاصة الغزي»: خطبَ امرأةً في بيت أخيها، فأبى أن يدفعَها حتَّى يدفعَ إليه دراهمَ، فدفعَ وتزوَّجَها؛ يرجعُ بما دفعَ؛ لأنَّه رشوةٌ. «قنية» وكذا في «الواقعات الحساميَّة»[3]. خاصَمَ زوجتَه وآذاها بالضَّرْب والشَّتْم حتَّى وهبتِ الصَّداقَ منه ولم يعوِّضْها؛ فالبراءةُ باطلةٌ. «قنية» في الإكراه. ولو أكرهَ على الهبة ووهبَ لا تصحُّ. قاضيخان. اهـ[4]. البكرُ البالغةُ يمنعُها إخوَتُها التي هي في ضمنهم عن

(١) «الفتاوى الهندية»: ٤/ ٣٩٨ ابتداء من قوله: (وسئل أبو جعفر).

(٢) «شرح السير الكبير» للسرخسي: ص١٧١٩.

(٣) «الواقعات» للحسام الشهيد: كتاب النكاح: ق٧١/ آ فيض الله.

(٤) «الفتاوى الأنقروية»: ٢/ ٢٧٩.

....

الدُّخول بزوجها حتَّى تهبَهم أو تبيعَهم حصَّتَها من أبويها في الإرث، أو تشهدَ لهم بشيءٍ؛ فهو باطلٌ؛ لأنَّها كالمكرهة في ذلك. رملي[1]. وفيه عن «شرح تحفة الأقران» للمصنِّف: لو زوَّجَ ابنتَه البكرَ من رجلٍ، فلمَّا أرادتْ أن تخرجَ من بيته إلى زوجها منعَها الأبُ إلا أن تشهدَ عليها أنَّها استوفتْ منه ما يعرفُ فيه من ميراثِ أمِّها، فأقرَّتْ بذلك، ثم أذنَ لها في الخروج؛ فإنَّ الظَّاهرَ أنَّ الحكمَ فيه عدمُ صحَّة الإقرار؛ لكونها في معنى المكرهة لِمَا ذكر من المنع، لا سيَّما والجبانةُ تغلبُ في الأبكار، وبه أفتى شيخُ الإسلام أبو السعود العماديُّ[2]. اهـ من «منهوات الأنقرويِّ»[3].

رجلٌ له على آخرَ مائةٌ وخمسونَ درهماً: مائةٌ حالَّةٌ وخمسون مؤجَّلةٌ، فوهبَ ربُّ الدَّين للمديون خمسينَ، فذلك الموهوبُ ينصرفُ إلى الحالِّ أم إلى المؤجَّل؟ أفتى الإمامُ الأجلُّ برهانُ الدِّين المرغينانيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ينصرفُ إليهما، وبه أفتى القاضي بديعُ الدِّين رَحِمَهُ ٱللَّهُ. كذا في «التَّاترخانيَّة»[4]. هبةُ المهر من الزَّوج الميت تصحُّ استحساناً. كذا في «السِّراجيَّة»[5]. الوكيلُ في باب الهبة في معنى الرَّسول حتَّى يجعلُ العاقدُ هو الموكِّل دون الوكيل. وفي البقَّال: التَّوكيلُ بالهبة توكيلٌ بالتَّسليم، وللوكيل بالتَّسليم أن يُوكِّلَ غيرَه، بخلاف الوكيل بالقبض. كذا في «المحيط». وفي «الفتاوى العتابيَّة»: ولو وكَّلَ الواهبُ رجلاً بالتَّسليم، ووكَّلَ الموهوبُ له رجلاً بالقبض، وغابا؛ صحَّ التَّسليمُ من

(١) «لوائح الأنوار»: ق٧٦/ آ ولي الدين.

(٢) «لوائح الأنوار»: ق٧٦/ آ ولي الدين.

(٣) «الفتاوى الأنقروية»: ٢/ ٢٨٠.

(٤) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٩٠ عن «فتاوى آهو».

(٥) «الفتاوى السراجية»: ص٤٠٥.

....

الوكيل، فإن امتنعَ وكيلُ الواهب؛ خاصَمَه وكيلُ الموهوب له، وينفردُ أحدُ وكيلي التَّسليم به، بخلاف وكيلي القبض لا ينفردُ أحدُهما. كذا في «التَّاترخانيَّة»[1]. وسئل أبو القاسمِ عمَّن أمرَ شريكهَ بأن يدفعَ مالَه إلى ولده على وجه الهبة، وكتبَ إليه كتاباً بذلك، وامتنعَ الشَّريكُ عن الأداء: هل للابن خصومةٌ معه؟ قال: هذا شيءٌ لم يجبْ بعدُ ولا يجبُ له إلا بالقبض، فليس للابن خصومةٌ في ذلك. قال الفقيهُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولو لم يكن على وجه الهبة؛ فللابن أن يُخاصمَ إذا كان مقرّاً بالمال وفي الوكالة. كذا في «الحاوي للفتاوى».

إذا دفعَ الرِّشوةَ لدفع الجَوْر عن نفسه أو أحدٍ من أهل بيته لم يأثَمْ. إذا أجازَ ملكُ دار الحرب لملك دار الإسلام جاريةً؛ فهي له، ولو أهدى ملكُ العدوِّ إلى أمير العسكر؛ فهو لجميع العسكر. كذا في «السراجية»[2]. وسئلَ محمدُ بنُ مقاتلٍ عمَّا يُهدي أبو الصَّبيِّ إلى المعلِّم أو إلى المؤدِّب في النَّيروز أو في المهرجان أو في العيد، قال: إذا لم يسألْ ولم يُلِحَّ عليه؛ فلا بأس به. كذا في «الحاوي للفتاوى».

أقول: وهذا فيما إذا كان للأستاذ معلومٌ من بيت المال يكفيه، وإلا فله أجرُ مثله، وما تُعورفَ من ثمن الحلو والعيديَّة والخميسيَّة كما يأتي في كتاب الإجارة. وسئلَ الحلوانيُّ عمَّن علَّقَ كوزَه أو وَضعَه في سطحه، فأمطرَ السَّحابُ وامتلأ الكوزُ من المطر، فجاء إنسانٌ وأخذَ ذلك الكوزَ مع الماء: هل لصاحب الكوز أن يستردَّ الكوزَ مع الماء؟ فقال: نعم، قال رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: وجوابُه في الكوز مما لا إشكالَ فيه، فأمَّا في الماء؛ فإنَّه يُنظرُ: إن كان

---

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٩١.

(٢) «الفتاوى السراجية»: ص٤١٠.

أعدَّه لذلك حينئذٍ يستردُّه، وإن لم يُعِدَّه لذلك لا يستردُّه. كذا في «التاترخانيَّة»[١]. لقيطٌ في يدِ مُلتقطٍ نقله وينفقُ عليه، وليس لهذا الصَّغير أحدٌ سواهُ؛ جاز للأجنبيِّ أن يقبضَ ما وُهبَ من الصَّغير وإن كان الصَّغيرُ من أهل أن يقبضَ بنفسه، ولهذا الأجنبيِّ أن يُسلِّمَه لتعليم الأعمال، وليس لأجنبيٍّ آخرَ أن يستردَّ منه. نصَّ عليه السَّرخسيُّ في كتاب الهبة. وسُئلَ عليُّ بنُ أحمدَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن رجلٍ دخلَ الحمَّامَ وقد دفعَ إلى صاحب الحمَّام الأجرةَ، فاغترفَ من الإناء بإناءٍ دفعَه إليه صاحبُ الحمَّام كما هوُ العادة في بلدنا: هل يصير ذلك الماءُ ملكاً للمغترف، أم يكون ذلك لصاحب الحمَّام ويكون منه إباحةً للدَّاخلين؟ فقال: صارَ أحقَّ به من غيره، ولكن ما صارَ ملكاً له. كذا في «التاترخانية»[٢].

يدخلُ في هبة الأرض ما يدخلُ في بيعها من الأبنية والأشجار من غير ذكرٍ. اهـ. وكذا في الصُّلح على أرضٍ أو عنها تدخلُ، ولا يدخلُ الزَّرعُ في الصُّلح من غير ذكرٍ. قال ركنُ الإسلام الصباغيُّ: الزَّرعُ يدخلُ في الرَّهن والإقرار والفيء بغير ذكرٍ، ولا يدخلُ في البيع والقسمة والوصيَّة والإجارة والنِّكاح والوقفِ والهبة والصَّدقة، وفي القضاء بالملك المطلق، ولا يدخلُ الثِّمارُ والأوراقُ المتقوِّمةُ في هبة الأشجار بغير ذكرٍ، فإذا لم يُذكرْ وفيها ثمرٌ وورقٌ؛ فسدت الهبةُ؛ لأنَّه يمنعُ التَّسليمَ كما في «القنية». أقرَّ أنَّه وهبَ من فلانٍ داراً؛ كان هذا إقراراً صحيحاً. في «الغياثيَّة»: الإقرارُ بالهبة لا يكون إقراراً بالقبض، هو الأصحُّ. كذا في «جواهر الأخلاطيِّ». أهلُ الذِّمَّة في حكم الهبة بمنزلة المسلمين؛ لأنَّهم

(١) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٩١.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٤٩١- ٤٩٢.

....

التزموا أحكامَ الإسلام فيما يرجعُ إلى المعاملات، إلا أنَّه لا تجوزُ المعاوضةُ بالخمر عن الهبة فيما بين المسلم والذميّ، سواءٌ كان المسلمُ هو المعوِّضَ للخمر أو الذميُّ، وإن صارتِ الخمرُ خلّاً في يد القابض؛ لم تَصِرْ عِوَضاً، ويردُّه إلى صاحبه، وتجوزُ المعاوضةُ بالخمر والخنزير فيما بين الذِّميين كما يجوزُ ابتداءُ المبايعة، ولا يجوز بالميتة والدَّم. كذا في «المبسوط»[1]. وهبَ المرتدُّ للنَّصرانيِّ أو النَّصرانيُّ له على أن يُعوِّضَه خمراً؛ فذلك باطلٌ. كذا في «محيط السرخسيِّ»[2]. رجلٌ وابنُه في المفازة ومعهما من الماءِ ما يكفي أحدَهما: من أحقُّ بالماءِ منهما؟ قال: الابنُ أحقُّ به؛ لأنَّ الأبَ لو كان أحقَّ لكان على الابن أن يَسقيَ أباهُ، وإن سقى أباهُ ماتَ هو من العطش، فيكون هذا منه إعانةً على قتل نفسه، وإن شربَ هو لم يُعِنِ الأبَ على قتل نفسه، فصارَ هذا كرجلين أحدُهما قتلَ نفسَه والآخرُ قتلَ غيرَه، فقاتلُ نفسه أعظمُ إثماً، قال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ بِحَدِيدَةٍ جَاءَ يَوْمَ القِيَامَةِ وَفِي يَدِهِ تِلْكَ الحَدِيدَةُ يَجَأُ بِهَا بَطْنَ نَفْسِهِ»[3]، والوجءُ: الضَّربُ بالسِّكِّين، وأصلُه: يُوجأُ. كذا في «المحيط».

ولو دفعَ إلى رجلٍ ثوباً بنيَّة الصَّدقة، فأخذَه المدفوعُ إليه ظانّاً أنَّه وديعةٌ أو عاريةٌ، فردَّه على الدافع؛ لا يحلُّ للدَّافع أخذُه؛ لأنَّه قد زالَ عن ملكه حين قبضَه الرَّجلُ، فإن أخذه لزمَه ردُّه. كذا في «السِّراج الوهَّاج». محتاجٌ معه دراهمُ؛ فالإنفاقُ على نفسه أفضلُ من التَّصدُّق على الفقراء، وإن آثرَهم على نفسه فهو أفضلُ، بشرط أن يعلمَ من نفسه حسنَ

(١) «المبسوط» للسرخسي: ١٢/١٠٦.

(٢) «المحيط الرضوي»: ٥/٥٤١.

(٣) رواه البخاري: ٥٧٧٨، ومسلم: ١٠٩ من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

الصَّبر على الشِّدَّة، وإن خافَ أن لا يَصبرَ ينفقُ على نفسه. كذا في «الملتقط»[1]. وسئلَ بعضُهم عن التَّصدُّق على المكدين الذين يسألون النَّاسَ إلحافاً ويأكلون إسرافاً، قال: ما لم يظهرْ لك أنَّ من تتصدَّقَ عليه يُنفقُ في المعصية أو هو غنيٌّ لا بأسَ بالتَّصدُّق عليه، وهو مأجورٌ بما نوى من سدِّ خلَّتِه. كذا في «الحاوي للفتاوى». الصَّبيُّ إذا تصدَّقَ بماله لا يصحُّ. كذا في «السِّراجيَّة»[2]. التَّصدُّقُ بثمن العبد على المحتاجين أفضلُ من الإعتاق. كذا في «السِّراجيَّة»[3]. رجلٌ تصدَّقَ على الميت أو دعا له؛ فإنَّه يصلُ الثَّوابُ إلى الميت. إذا جعلَ ثوابَ عمله لغيره من المؤمنين جازَ. كذا في «السِّراجيَّة»[4]. تصدَّقَ على فقيرٍ بطازجةٍ على ظنِّ أنَّه فلسٌ؛ ليس له أن يَستردَّها ظاهراً، قال القاضي عبدُ الجبار: إن كان قال: قد ملكتُ منه فلساً، ثم ظهرَ أنَّه طازجةٌ؛ له أن يَستردَّها، وإن قال: ملكتُ هذا لا يستردُّ. قال سيف السَّائليُّ: لا يَستردُّ في الحالين. كذا في «القنية». رجلٌ أخرجَ دراهمَ من الكيس أو من الجيب ليدفعَها إلى مسكينٍ، ثم بدا له فلم يدفعْ، فلا شيءَ عليه من حيث الحكم. كذا في «السِّراجيَّة»[5]. وعن الحسن البصريِّ فيمن يخرجُ كسرةً إلى مسكينٍ فلم يجدْه، قال: يَضعُها حتَّى يجيءَ آخرُ، وإن أكلَها أطعمَ مِثلَها. وقال إبراهيمُ النَّخعيُّ مثلَه. وقال عامرٌ الشَّعبيُّ: هو بالخيار: إن شاءَ قضاها، وإن شاءَ لم يَقْضِها. لا تجوز الصَّدقةُ إلا بالقبض، وقال مجاهدٌ: من أخرجَ صدقةً فهو بالخيار: إن شاءَ أمضى، وإن شاءَ لم يُمضِ. وعن

---

(١) «الملتقط»: ص٣٠٥.

(٢) «الفتاوى السراجية»: ص٤٠٩.

(٣) «الفتاوى السراجية»: ص٤٠٩.

(٤) «الفتاوى السراجية»: ص٤٠٩.

(٥) «الفتاوى السراجية»: ص٤٠٩.

عطاءٍ مثلُه. قال الفقيهُ أبو الليث رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وهو المأخوذُ به. كذا في «المحيط»[1]. اختلفوا في التَّصدُّق على سائل المجد، قالوا: لا ينبغي أن يتصدَّقَ على السَّائل في المسجد الجامع؛ لأنَّ ذلك إعانةٌ على أذى النَّاس، وعن خلف بن أيُّوب رَحِمَهُ ٱللَّهُ قال: لو كنتُ قاضياً لم أقبلْ شهادةَ من تصدَّقَ على سائلي المسجد. وعن أبي بكر بن إسماعيل الزَّاهد رَحِمَهُ ٱللَّهُ قال: هذا فلسٌ واحدٌ يحتاجُ إلى سبعينَ فلساً لتكون تلك السَّبعون كفَّارةً عن الفلس الواحد، ولكن يتصدَّقُ قبل أن يدخلَ المسجدَ أو بعدما يخرجُ منه. كذا في «فتاوى قاضيخان». وفي «فتاوى الناصري»: إذا قال السَّائلُ: بحقِّ الله تعالى أو بحقِّ محمدٍ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن تُعطِيَني كذا؛ لا يجبُ عليه في الحكم، والأحسنُ في المروءة أن يُعطِيَه. وعن ابن المبارك قال: يُعجِبُني إذا سألَ سائلٌ بوجه الله تعالى أن لا يُعطى. كذا في «التَّاترخانيَّة»[2]. واللهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ أعلمُ، وأستغفرُ الله العظيمَ.

وصلَّى اللهُ تعالى على سيدنا محمدٍ وعلى آله وصحبه الطَّاهرين الطَّيِّبين، وعلى جميع الأئمَّة التَّابعين، والمجتهدين والعلماء العاملين، وعلينا معهم برحمتك يا أرحم الراحمين. اللهمَّ اجعَلْه خالصاً لوجهك الكريم، وموجباً للفوز العظيم، في جنات النَّعيم، يا مجيبَ الدَّعوات آمين.

وكان الفراغُ من تحرير هذه التَّكملة الشَّريفة، والتَّتمَّة اللَّطيفة، المسمَّاة بـ«قرة عيون الأخيار، لتكملة رد المحتار»، على يد جامعها أفقر العباد، إلى عفو مولاهُ يوم التَّناد،

---

(١) «المحيط البرهاني»: ٦/ ٢٦٥.

(٢) «الفتاوى التاترخانية»: ١٤/ ٥٠٤.

....

محمد علاء الدِّين بن السيد محمد أمين بن السيد عمر المدعو بابن عابدين، كان اللهُ تعالى له ولوالديه وغفر لهم ولأولاده ولمشايخه ولمن له حقٌّ عليه بجاهُ سيد الأنبياء والمرسلين، في الضَّحوة الكبرى في الساعة الثالثة ونصف من يوم الثلاثاء العاشر من رجب الفرد الذي هو من شهور سنة تسعين ومائتين وألف، من هجرة من خلقه اللهُ تعالى على أكملِ وصفٍ، صلى الله تعالى وسلم عليه وعلى آله الكرام، وأصحابه العظام، الذين نرجو باتِّباعهم حسنَ الختام.

فهرس الموضوعات